

DATE ISSUED	DATE DUE	DATE ISSUED	DATE DUE


Princeton University Library
32101 074498757

عبد الرحمن الصابوني
دكتور في الحقوق
مدرس في جامعة دمشق

مدى حرية الزوجين في الطلاق

في الشريعة الإسلامية

بحث مقارن

(١)

تقديم

الدكتور مصطفى السباعي

وكيل كلية الشريعة
ورئيس قسم الفقه الاسلامي ومذاهبه
في جامعة دمشق

رسالة للحصول على الدكتوراه في الحقوق من جامعة القاهرة

مطبعة جامعة دمشق

عبد الرحمن الصابوني
دكتور في الحقوق
مدرس في جامعة دمشق
مجاز من معهد الشريعة الاسلامية
للدراسات العليا بجامعة القاهرة
دبلوم في العلوم القانونية
شهادة اختصاص في الحقوق الخاصة

مدى حرية الزوجين في الطلاق

في الشريعة الإسلامية

بحث مقارن

(١)

تقديم

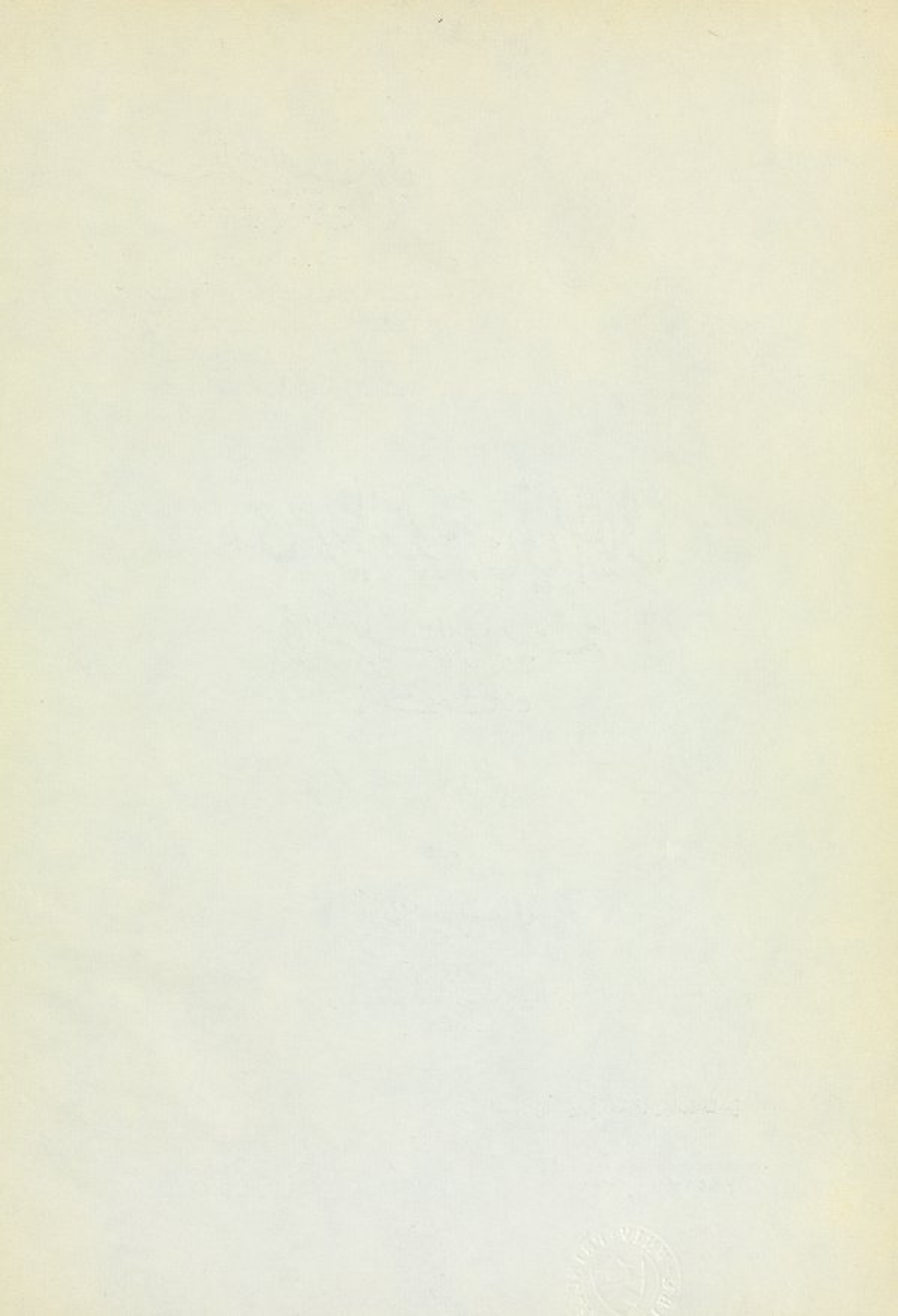
الدكتور مصطفى السباعي

وكيل كلية الشريعة
ورئيس قسم الفقه الاسلامي ومذاهبه
في جامعة دمشق

رسالة للحصول على الدكتوراه في الحقوق من جامعة القاهرة

مطبعة جامعة دمشق

١٣٨٢ هـ - ١٩٦٢ م



الاهداء

إلى روح والدي الغالية

إلى امّي الحنون

عرفانًا وتقديرًا ومحبّة

عبدالرحمن

« ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف »

قرآن كريم

« خياركم خياركم لنسائه »

حديث شريف

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة بقلم الدكتور مصطفى السباعي

الحمد لله رب العالمين وصلوات الله وسلامه على سيدنا محمد خاتم الانبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه .

قضية الطلاق من المشكلات التي عنيت بها الديانات والشرائع عناية متباينة الاتجاه مختلفة الحلول ، وزادت هذه المشكلة اتساعاً في عصرنا الحاضر بما خلقته الحضارة الحديثة من آثار بالغة الخطورة في هناءة الأفراد والأسر والمجتمعات .

وقد كان غلاة المتعصبين من الاسلام من مبشرين ومستشرقين واستعماريين يعيبون على الاسلام اباحته للطلاق ويعتبرونه دليل المهانة للمرأة والانحدار في أخلاق الرجل . ولكنا لم نعد نسمع لهم مثل ذلك التشهير بالاسلام منذ اعترفت أكثر الأمم الغربية المسيحية بالطلاق كحل لابد منه لانهاء الخلاف بين الزوجين والشقاء الذي تتعرض له الأسرة من جراء ذلك .

وكان المجتمع الاسلامي ولا يزال يعاني بعض الخلل في حياة الأسرة من سوء استعمال الزوج لحق الطلاق في بعض الأحيان والتقيد بمذهب معين في أحكام الطلاق مما جعل ادعياء الاصلاح المستخفين بقدر أمتهم وعقائدهم وتراثهم يطالبون في فترة ما بمنع الطلاق تأثرا بصرخات المتعصبين من الغربيين ضد الاسلام ولكن صوتهم هذا أيضاً قد خفت بعد أن أخذت الأمم الغربية بمبدأ اباحة الطلاق ،

غير أنهم انقلبوا الى دعاة للحد من الطلاق وأن يكون ذلك عن طريق المحاكم كما هو الشأن في البلاد الغربية التي أباحت الطلاق .

والمصلحون الواعون من علماء الاسلام وقادته وذوي الرأي فيه يرون أن ما نشأ عن استعمال الطلاق في بعض الأسر الاسلامية يقتضي العودة الى نظام الاسلام في الطلاق كما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية الصحيحة وعلى ضوء الروح التشريعية السامية التي تتجلى من نصوص أحكام الطلاق في هذين المصدرين التشريعيين الرئيسيين من مصادر التشريع الاسلامي دون تقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الاسلامي .

وكانت مصر أول بلد اسلامي شرعت بوضع بعض الأحكام المستمدة من غير مذهب أبي حنيفة رحمه الله في قضايا الطلاق ثم تبعتها سورية في قانون الأحوال الشخصية مما خفف كثيرا من اساءة استعمال الطلاق . ولا تزال الحاجة ماسة الى نظرة شاملة في جميع المذاهب الاسلامية لوضع أحكام خاصة بالطلاق تصلح حياة الأسرة المسلمة وتجعلها أبعد عن الأذى والتعرض للخلل والظلم والتعسف في استعمال الرجل لهذا المبدأ الذي يعتبر من مفاخر التشريع الاسلامي في معالجته للمشكلات الاجتماعية بروح واقعية انسانية .

وقد تصدى الاستاذ عبد الرحمن الصابوني مؤلف هذا الكتاب الى القيام بهذه المهمة الشاقة في استعراض جميع ما جاء في الشرائع الالهية والمذاهب الاسلامية والقوانين الغربية والعربية متعلقاً بالطلاق وأحكامه استعراضاً شاملاً مع مقارنة عميقة متجردة بين مختلف الآراء والنظريات ، ومناقشة الأدلة المختلفة بروح مثابرة على البحث والنقاش . تستحق الاعجاب والتقدير .

ولست أحاول في هذة المقدمة تقدير مزايا الكتاب فذلك ما سيشعر به قارئه في كل بحث من أبحاثه ولكني أذكر له اربع ميزات رئيسية :

الأولى ـ أنه أول كتاب ـ فيما أعلم ـ أفاض هـذه الإفاضة الواسعة في موضوع الطلاق بحيث يصح أن يعتبر مرجعاً موثوقاً في هذا الموضوع لايدانيه في شموله مرجع آخر .

الثانية ـ أنه يقوم على مبدأ أن الأصل في الطلاق الحظر . وبذلك اختار من كل مذهب ما يؤدي الى تضييق نطاق الطلاق مع التدليل على صحة ما اختاره .

الثالثة ـ مناقشته لبعض الآراء الخاطئة حول الطلاق كدعوى أنه سبب في انتشار تشرد الأطفال وغير ذلك، وقد كانت المناقشة معتمدة على الاحصاءات الرسمية وعلى المنطق الهادىء المتزن .

الرابعة ـ أنه يلفت الأنظار إلى آراء إجتهادية في المذاهب الاسلاميـــة ويختارها بعد الاستدلال لها ، ولو أخذ بمجموع هذه الآراء لاستطعنا أن نخرج بنظام للطلاق تجعل التلاعب فيه أقل ما يمكن لذوي النيات السيئة .

تلك هي أبرز مميزات هذا الكتاب وهنالك مميزات كثيرة أتركها الى القارىء ليطلع عليها بنفسه .

وقد يؤخذ على الكتاب طول ابحاثه والتوسع في مناقشة الآراء الاجتهادية كما فعل في أمر الطلاق الثلاث فقد أخذ اكثر من مائة صفحة من الكتاب، ولكنه كتاب علمي يقدم لنيل شهادة علمية ولم يكتب للجمهور الذي يمل طول هذه المناقشات ولكن العلماء الباحثين يرون في طول هذه المناقشات لذة علمية وسياحة علمية في آن واحد .

وقد لا نوافق المؤلف على بعض ما أختاره وبعض ما استدل به على هذا الاختيار وحسبه أنه باحث عما يراه من الحق ، وحسبه ما بذله من تتبع مستمر وصبر على مناقشة الادلة وتمحيص الآراء .

وقصارى القول أن المؤلف قد أتحف المكتبة الفقهية بهذا الكتاب الجامع الممتع الذي لم يسبق لمؤلف قبله أن استوعب هذه الأبحاث كلها بهذه الروح العلمية الهادئة في كتاب واحد . فجزاه الله خيرا ووفقه لكل خير .

الدكتور مصطفى السباعي

وكيل كلية الشريعة
ورئيس قسم الفقه الاسلامي ومذاهبه
في جامعة دمشق

دمشق ٢٩ المحرم ١٣٨٢
١ تموز (يوليو) ١٩٦٢

. . .

مقدمة المؤلف

موضوع البحث ، اهميته ، الغرض منه ، خطة البحث

كثر كلام الناس ـ قديماً وحديثاً ـ حول حقوق المرأة في الاسلام ـ فذهب بعضهم الى ان الشريعة الاسلامية سلبت حقوق المرأة حينما سلطت الرجل عليها اذ يتزوج متى اراد ويطلق متى شاء دون رقيب .

وفي كل عصر تسمع اصواتاً ترتفع وتخبو تطالب برفع هذا الظلم المزعوم عن المرأة ومساواتها مع الرجل ظناً منها ان العدالة الحقة حينما تتساوى المرأة بحقوقها وواجباتها مع الرجل .

والحق ان هذه الاراء المستوردة لايراد بها رفع مستوى المرأة او اعطائها بعض الحقوق . بقدر مايراد منها تغيير الوضع الذي يحكم نظام الاسرة في بلادنا ، ومن هنا تبدو خطورة المسألة ، فالسلاح موجه ضد الشريعة الاسلامية حيث تسود فيها قوانين الاسرة لاضد الرجل لظلمه المرأة .

وابرز مشكلة تبدو في نظام الاسرة هي الطلاق الذي يستبد به الزوج في نظر دعاة خصومه . ولا نصيب للمرأة فيه اذ لاتشارك الرجل في هذا الحق بما يعد ظلماً وتجاوزاً في الحقوق المتبادلة بين الزوجين .

اهمية الموضوع :

وقد اخترت عنواناً لهذا البحث ـ مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الاسلامية ـ نظراً لأن الجزء الرئيسي من نظام الأسرة هو موضوع

الطلاق ومايوجه اليوم من نقد يكاد يكون محصوراً بهذا النظام لأن شريعة الطلاق كما جاءت في الاسلام مما انفردت به عن بقية الشرائع والنظم القديمة منها والحديثة .

وتبدو اهميـــة الموضوع اذا عرفنا انه موضوع كل اسرة وما ينشأ بين جوانبها في كل يوم من شقاق وخلاف قد ينتهي بالتفريق مثلاً او بالصلح .

الغرض من البحث :

والغرض من البحث يرمي الى تحقيق ثلاثة اهداف :

١ – اظهار مدى مايتمتع به الزوجان من حقوق في الشريعة الاسلامية في نظام الطلاق .

٢ – مقارنة قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية وردها الى مصادرها

٣ – عرض لمختلف الاراء القديمة والحديثة في نظام الطلاق ومقارنتها مع الشريعة الاسلامية .

وفي سبيل الوصول الى الهدف الاول فقد ابرزت ناحيتين هامتين .

آ – ان الرجل ليس حراً في طلاق زوجته اذ لايملك هذا الحق مطلقاً من القيود .

ب – وان الزوجة ليست محرومة من ممارسة هذا الحق . بل ان كلًا من الزوجين قد اباح له الشارع الطلاق في حدود رسمها لهما ، فلا يتجاوز احدهما حقه ، ولا يسيء استعماله ، فاذا ماتعسف احد الزوجين في طلاق الآخر وتبين للقاضي ذلك حكم عليه بالتعويض .

واما في مجال القوانين العربية :

فقد حاولت ان اسد النقص في كثير من الأمور حيث اقترحت مواداً في هذا الموضوع لعلها تصلح ان تكون نواة لقانون عربي اسلامي موحد .

وفي سبيل ذلك فقد أوردت عدداً كبيراً من الاجتهادات القديمة والحديثة لترى المحاكم لأن التطبيق العملي دائماً طليعة التشريع في كل عصر .

وفي موضوع المقارنة كنت دائماً اتطلع الى أمرين :

أمر عام : وهو ـ بيان سبق الشريعة الاسلامية في نظام الطلاق الشرائع الاخرى والنظم القديمة ليبدو لنا هذا النظام في عصره الأول وما رافقه من انظمة حين ظهوره . كما يبدو لنا الآن بمقارنته مع القوانين الاجنبية المعاصرة[1] .

وأمر خاص : هو محاولة توحيد قوانين الأحوال الشخصية لدى جميع الطوائف في البلاد العربية .

وقد استعرضت عددا من اجتهادات المحاكم والمجالس الملية وبينت الى اي مدى توسع القضاء في التطليق ، بل ذهبت اكثر من ذلك فقلت ان مصادر هذه المواد التي جعلت اسباباً للطلاق تتسم بالمرونة والتطور حيث لا أصل لها في الشريعة المسيحية كما هي عليه الآن .

وبهذا البحث احاول الجمع بين الفقه والقضاء لأن الناحية التطبيقية العملية امر هام في كل تشريع ، اذ كثيرا مايتوسع القضاء وسرعان ما يأتي المشرع فيعدل طبق الاتجاه العملي .

خطة البحث :

رجعت في بحثي الى القرآن والسنة اولاً باعتبارهما الينبوع الذي منه استقت

---

(١) يقول الاستاذ الكبير عباس محمود العقاد في مقدمة كتابه المرأة في القرآن الكريم ص ٩ « والحقوق والواجبات التي قررها كتاب الاسلام للمرأة قد اصلحت اخطاء العصور الغابرة في كل أمة من أمم الحضارات القديمة ، واكسبت المرأة منزلة لم تكسبها قط حضارة سابقة ، ولم تأت بعد ظهور الاسلام حضارة تغني عنها ، بل جاءت الحضارات المستحدثة على نقص ملموس في أحكامها ووصاياها » .

المذاهب الفقهية تراثها التشريعي ، ثم الى مجموعة اراء الصحابة والتابعين . ولم اعتمد على مذهب معين[١] ، فقد نقلت عن المذاهب الفقهية الثمانية وقد اتبعت كل رأي او حكم بعدد من النصوص من مختلف المذاهب .

والرسائل العلمية يجب ان تكون في رأيي مليئة بالنصوص التي تؤيد الرأي الذي يذهب اليه المؤلف . وسبب آخر دعاني الى هذه الطريقة هو ماوجدته من ضعف في نقل المذاهب المقارنة لدى بعض المؤلفات الحديثة التي ظهرت حتى الآن فكان لابد لي من ايراد نصوص بكاملها لتصحيح بعض الاخطاء[٢].

. . .

ولما كانت قوانين الاحوال الشخصية مستمدة من الشريعة الاسلامية فقد ذكرت عقب كل فصل مانصت عليه القوانين وبينت مصدرها ورأينا حول بعض موادها .

ثم تعرضت الى قضاء المحاكم وما ذهبت اليه في التطليق ومتى تطبق تلك القوانين وبينت مدى ماتوسعت في التطليق بناء على طلب احد الزوجين في الامور التي نصت عليها القوانين .

---

(١) قال الشافعي إذا صح الحديث فاضربوا بقولي الحائط وقال أبو حنيفة : إذا جاء الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فعلى الرأس والعين ، وإذا جاء عن الصحابة فعلى الرأس والعين وإذا جاء عن التابعين فهم رجال ونحن رجال . ويقول الامام أحمد : عجبت لقوم عرفوا الاسناد وصحته (أي حديث رسول الله) ثم يذهبون إلى رأي سفيان . ويقول الامام مالك : كل إنسان يؤخذ من كلامه ويترك إلا صاحب هذا القبر – وأشار الى قبره صلى الله عليه وسلم .

(٢) وهذه طريقة تلقيناها عن استاذنا الجليل فضيلة الشيخ محمد ابو زهرة في معهد الشريعة الاسلامية حيث كنا نقرأ النصوص القديمة لفهم معناها الذي قد يختلف من قارىء لآخر . وقد تابعنا دراسة هذه الطريقة ذاتها مع استاذنا الجليل الدكتور عبد الرزاق السنهوري في معهد الدراسات العربية وسار عليها في مؤلفاته الفقهية الحديثة .

وبعد بيان احكام الشريعة الاسلامية بمذاهبها المختلفة وقوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية والتطبيق العملي في المحاكم لتلك القوانين، سوف اعرض لنظام الطلاق في المواضع المتشابهة لدى الامم القديمة: كاليونان والرومان ثم الشرائع السماوية اليهودية والمسيحية .

واما في مجال المقارنة مع القوانين الاجنبية فقد اخترت خمسة قوانين تمثل اتجاهات سياسية واجتماعية معينة وهي بالوقت ذاته تمثل المذاهب المسيحية الثلاثة لأبين مدى ماتوسعت به الامم المسيحية في نظام الطلاق الذي كانوا الى وقت قريب يحاربون نظام الاسرة في الاسلام لانه يبيح الطلاق .

وعلى هذا فسوف اعرض في بحثي القوانين الآتية :

١) القانون الفرنسي : حيث يطبق في بلاد يسود فيها المذهب الكاثوليكي .
٢) القانون الانجليزي: حيث يسود في انكلترا المذهب البروتستانتي .
٣) القانون اليوناني : حيث يسود المذهب الارثوذكسي .
٤) القانون الالماني : واكثر الالمان يدينون بالبروتستانت .
٥) القانون السوفيتي : ويمثل النظام الشيوعي .
٦) القانون الايطالي : حيث يحرم الطلاق .

وهذه القوانين فضلاً عن انها تمثل النزعات الفكرية الاجتماعية والمذاهب المسيحية الثلاثة فانها تطبق في بلاد تسود فيها الشرائع القانونية المعروفة : فالشريعة اللاتينية في فرنسا وايطاليا والجرمانية في المانيا واليونان والانجلو ـ سكسونية في انجلترا والاشتراكية في روسيا[1] .

وقد قسمت البحث الى خمسة ابواب بعد ان تكلمت في التمهيد عن الناحية التاريخية لنظام الطلاق لدى الامم القديمة وبعض القوانين الحديثة .

ففي الباب الاول تكلمت عن مشروعية الطلاق وانواعه وهل الاصل فيه الاباحة او الحظر .

---

(١) مذكرات الدكتور الشرقاوي ص ١٨ .

وفي **الباب الثاني** تكلمت في الطلاق بالارادة المنفردة سواء من جانب الزوج ام من جانب الزوجة .

وفي **الباب الثالث** : الطلاق باتفاق الزوجين .

وفي **الباب الرابع** : تطليق القاضي بين الزوجين .

وفي **الباب الخامس** : الطلاق بحكم الشرع والقانون .

وأتبعت البحث بملحق فيه احصاء عن نسبة الطلاق في بعض البلاد العربية وبيان رأينا فيه . ثم ختمت البحث بخاتمة اوجزت فيها بعض النتائج التي توصلت اليها .

واخيراً لايسعني الا ان اتقدم بجزيل الشكر الى استاذي الجليل الدكتور محمد سلام مدكور رئيس قسم الشريعة بجامعة القاهرة الذي اشرف على هذه الرسالة ، فإليه يعود الفضل في استكمال هذا البحث واظهاره قريباً من الكمال.

كما واني لأتقدم بالشكر العميق الى رئيس قسم الشريعة بجامعة دمشق استاذي الجليل الدكتور مصطفى السباعي والى رئيس جامعة دمشق والى عميد كلية الشريعة .

فإليهم جميعاً يعود الفضل في ايفادي الذي كان سبباً في اخراج هذا البحث الى حيز الوجود وفقنا الله جميعاً لما فيه الخير « وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمومنون » .

دمشق ٢٩ المحرم ١٣٨٢

١ تموز (يوليو) ١٩٦٢

تمهيد

١ ـ الطلاق من الناحية التاريخية

ا ـ الطلاق لدى اليونان والرومان

ب ـ الطلاق في اليهودية والمسيحية

جـ ـ الطلاق عند العرب قبل الاسلام

٢ ـ الطلاق في بعض القوانين الحديثة

ا ـ الطلاق في القوانين الاجنبية

ب ـ الطلاق في القوانين العربية

١ – الطلاق من الناحية التاريخية

الطلاق لدى اليونان والرومان

الطلاق لدى اليونان :

كانت المرأة لدى اليونان في العصر القديم تباع وتشترى[١] ، والزواج كان يتم عن طريق الشراء فالأب يبيع ابنته والخاطب يشتريها .

وثمن الزوجة الذي يدفعه الخاطب كان عبارة عن عدد من الابقار او الثيران يختلف عدداً حسب مكانة المرأة وجمالها[٢] . أما في العصر الكلاسيكي فقد الغى نظام الشراء في الزواج ومع هذا فقد احتفظ الزوج بسلطته المطلقة على الزوجة فكان له حق فرض العقوبة عليها من ضرب او حبس حسب ما يراه دون اي رقيب .

ومن الطبيعي من كان يملك هذه السلطات المطلقة ان يطلق زوجته ، وعلى هذا فالطلاق لدى اليونان كان سهلا ميسورا ، فلزوج يطلق زوجته ويزوجها ان شاء لمن اراد حال حياته او يوصي بها الى شخص آخر بعد مماته[٣] .

---

(١) واذا اراد احد ان يشتم آخر كان يناديه يا امرأة فقد جاء في الالياذة « الياذة هوميروس ص ٨٦ ترجمة عنبرة سلام الخالدي دار المعارف ١٩٤٧ ». حينما لم يتقدم احد من الاغريق لمنازلة هكطور صاح فيهم سانيلا قائلا : « لاشك في انكم الان نساء لارجال ، بالعار الشائن اذا لم يوجد فينا وجل يقف في وجه هكطور هذا » .

(٢) قصة الحضارة ٢/١–١ – المجلد الثاني المرأة لدى اليونان ص ٣٩ .

(٣) المصدر السابق ص ١١٧ .

وأحياناً يتخذ الازواج من زنا زوجاتهم او من عقمهن سبباً مبررا للطلاق حيث يسترد الزوج ما دفعه لزوجته ثمناً لها .

ويعللون الطلاق للزنا او للعقم بأن الزوجة لم تحقق الهدف والغاية المرجوة من زواجها وهو ايلاد البنين .

اما اذا كان الرجل عقيماً فكان يجوز للزوج ان يستعين بأحد أقربائه للاتصال بزوجته لانجاب الاولاد على ان ينسب الولد الناتج من هذه العملية للزوج لقريبه[1] .

وكانت الزوجة تملك حق طلب الطلاق من القاضي في حالتين :

١) اذا قصر الزوج في واجباته الزوجية او انغمس في حياة الرذيلة واللهو والمجون .

٢) اذا اساء لزوجته اساءة بالغة .

ولكن هذا الحق كان نظريا لان الزوج اذا ما شعر بنفور زوجته عنه او خشى ان تذهب للقاضي تطلب التفريق كان يضربها ويحبسها في داره كما يحب ويريد .

جاء في كتاب المرأة لدى اليونان[2] ـ ومن ذلك ما يروى ان السبياد عندما قابل زوجته في السوق في طريقها الى القاضي وبيدها طلب الطلاق حملها عنوة وقفل عائداً بها الى منزله دون ان يفكر احد من الحاضرين في ان يحول بينه وذلك ـ[3] .

* * *

---

(١) قصة الحضارة ٢/ ١١٥ المجلد الثاني .

(٢) المرأة لدى اليونان ص ١٣٠ .

(٣)

الطلاق لدى الرومان[1] :

عرفت الامبراطورية اليونانية الطلاق في مختلف عصورها وكانت تطرأ على هذا النظام تعديلات مختلفة تبعاً لاختلاف الملوك او تغيير القوانين او تطور العصور[2] .

ففي العصر القديم كان الطلاق بيد الزوج يطلق متى شاء . أما الزوجة فلم تكن تملك حق الطلاق انما كان لوليها ان يفرق بينها وبين زوجها ولو لم ترض بذلك نظراً للسلطة الابوية التي كانت سائدة آنذاك[3] .

وفي العصر الكلاسيكي منحت الزوجة حق الطلاق مع احتفاظ الزوج بهذا الحق وقد ازدادت نسبة الطلاق كثيراً فيمابعد حيث لم تكن هناك اسباب محددة بل كان الامر يتعلق بمشيئة احد الزوجين دون قيد او بيان اي سبب .

وعندما طلق بولوس اميليوس زوجته بابيريا جاءه بعض اصدقائه ينصحونه بالعدول ، ذلك لانها شابة جميلة وعاقلة وولود فقال لهم « حذائي جديد وجيد الصنع ومع ذلك فاني مضطر الى تغييره ، فليس هناك احد سواي يعلم أين يؤلمني »[4] - وفي عصر الامبراطورية السفلى طرأت تعديلات على نظام الطلاق تحت تأثير رجال الكنيسه وقد مر ذلك على مراحل مختلفة :

١) ففي عام ٣٣١ م اصدر الامبراطور قسطنطين . وهو اول اباطرة المسيحيين - قانوناً قيد به حرية الزوجين في الطلاق وذكر اسباباً معينة لكل من الزوجين اذا ماتوافرت يجوز له طلب التطليق من القاضي .

---

(١) قصة الحضارة الجزء الاول المجلد ٩ ص ١٢٠ .

(٢) القانون الروماني للدكتور صوفي ابو طالب .

(٣) مدونه جوستينيان ترجمة عبد العزيز فهمي ص ٢٠٠ .

(٤) المرأة لدى الرومان ص ٢٣٣ للدكتور محمود سلام زناتي .

ولكن على مايبدو ان هـذه الاسباب لم تكن الزامية بمعنى اذا لم توجد فلا يوجد الطلاق بل كل ما يترتب على تجاوزها توقيـع عقوبة مالية ، فاذا طلق الزوج زوجته بدون سبب رد الدوطة للزوجة كاملة واذا طلقت الزوجة زوجها كذلك فانها تفقد دوطتها[1] .

٢) ولما تولى جوليانوس الحكم سرعان ما اعاد الحرية كاملة لنظام الطلاق لان ما احدثه الامبراطور السابق اصطدم بعادات وتقاليد الرومان فطالبوا بالغائه فالغى في عصر هذا الامبراطور .

٣) ولما جاء جوستينيان اصدر قانوناً جعل فيه الطلاق على ثلاثة أنواع :

١ - **الطلاق المباح** : وهو طلاق من احـد الزوجين لاسباب لاتتضمن خطأ من جانب الآخر اي هو طلاق يقع بارادة احد الطرفين لاسباب تبرره وتقوم في الطرف الآخر كالجنون او العجز او العقم .

٢ - **الطلاق لسبب مشروع** : هو الطلاق من أحد الزوجين لامر ارتكبه الطرف الاخر اي انه يكون كعقوبة لخطأ ارتكبها احد الزوجين . ولكن القانون توسع كثيراً في تعداد هذه الاخطاء حتى اعتبر ذهاب الزوجة الى حمام عمومي خطأ يجيز التطليق .

فاذا كان الخطأ من جانب الزوجه فقدت دوطتها اما اذا كان الزوج هو المخطىء فانه يلزم - برد الدوطه ودفع المهر .

٣ - **الطلاق غير المشروع** : اذا لم يتوفر سبب من الاسباب التي ذكرها القانون في الطلاق المباح او الطلاق المشروع فلكل من الزوجين الحق في ان يطلق الاخر تحت - طائلة العقوبة الماليه الشديدة فالمرأة اذا طلقت زوجها بدون سبب فقدت دوطتها واموالها حيث يأخذ الدير ثلثها ويوزع ثلثاها على اقاربها ، وكذلك الزوج اذا طلق بدون سبب فانه يفقد المهر والدوطة وجزءاً

---

(١) القانون الروماني البدراوي وبدر ص ٢٤٨ .

من ثروته[1] .

٤ ـ **اما الطلاق بالاتفاق** : فقد الغاه جوستينان ثم اعيد في عهد خلفه جوستينان الثاني[2] .

ب ـ الطلاق في اليهودية والمسيحية

الطلاق فى اليهودية :

ينقسم اليهود الى طائفتين : الربانيين والقرائين . والخلاف بينهما يقوم على اساس الايمان بالتلمود او عدم الايمان به ـ فالربانيون يعتقدون بالتوراة والتلمود. اما الربانيون فلا يعتقدون بالتلمود كتاباً سماوياً بل يرون فيه كتاباً فقهياً كسائر المؤلفات الفقهية وقد انفصلت الطائفتان في القرن الثامن بعد الميلاد[3] .

والخلاف بين الطائفتين لايقتصر على الايمان بكتاب سماوي أو اكثر فحسب بل يقوم على اسباب اخرى نشأ عنها الاختلاف في القواعد القانونية والفقهية وقد حصر أهم المسائل الخلافية السيد مراد فرح في كتابه القراءون والربانون في اثنتين واربعين مسألة .

والزواج بين الطائفتين محرم لايجوز وسبب ذلك ان القرائين يجيزون للقاضي ان يفرق بين الزوجين اذا ماطلبت الزوجة لاسباب معينة وامتنع الزوج عن الطلاق وهذا لا يجوز لدى الربانيين ولذا فأنهم يقولون ان نسل القرائين حرام فقد تتزوج الزوجة التي طلقها القاضي دون رغبة زوجها وتنجب ذرية وهي لاتزال على عصمة زوجها الاول اذا لم يصدر منه طلاق .

هل يجوز الطلاق بارادة الرجل المنفردة لدى اليهود ؟ ..

يقول الاستاذ تادرس في كتابه الاحوال الشخصية لغير المسلمين[4] .

---

(١) الوجيز في الحقوق الرومانية للدكتور محمد معروف الدواليبي ص ٤٧٥ .

(٢) انحلال الزواج لدى الاقباط الارثوذكس للدكتور اهاب اسماعيل ص ٩٨ .

(٣) القراءون والربانون ص ١٥٥ .

(٤) تادرس ميخائيل ص ٢٠٥ .

منحت الشريعة الموسوية الرجل الحق في ان يطلق امرأته بمحض ارادته وبدون ان يتوقف هذا الطلاق على قبولها .

ويقول الدكتور اهاب اسماعيل[1] ـ والرأي الصحيح هو ان الزوج اليهودي ، شأنه في ذلك شأن الزوج المسلم له الحق في ايقاع الطلاق على زوجته بمحض ارادته المنفردة ـ فتكون الشريعة الموسوية لذلك قد اقرت نظام الطلاق .

ويقول : « ان الزوج اليهودي يستقل بارادته المنفردة في ايقاع الطلاق بزوجته بغير حاجة الى خضوع حقه هذا لهيمنة اية سلطة او لاي تقدير » .

ويقول ايضاً تحت عنوان انقسام الفقه والقضاء[2] . ولم يتفق الفقه على كلمة واحدة في هذا الصدد و كذلك القضاء . ثم يأتي بنص للاستاذ أحمد صفوة : الطلاق جائز للرجل بمحض مشيئته انما يجب ان يوقعه امام السلطة الشرعية . وعند القرائين لا يجوز للرجل ان يطلق زوجته الا بمسوغ[3] .

وينتقد الدكتور أهاب هذا الرأي بقوله « اذ في الوقت الذي يشير هذا الرأي الى المسوغ نجده يشير ايضاً الى الطلاق جائز للرجل بمحض ارادته ، وهذا الاطلاق يتعارض مع فكرة المسوغ .

رأينا فيما ذهب اليه الاستاذ تادرس ميخائيل والدكتور اهاب اسماعيل

قلنا ان اليهود طائفتان : الربانيون والقراؤون وهناك اختلاف بين الطائفتين في امور كثيرة اهمها الطلاق .

الطلاق لدى الربانيين : فالطلاق لدى طائفة الربانيين يجوز بادارة الرجل المنفردة وان كان ذلك مكروهاً وما جاء من نصوص في كتابهم الاحوال

---

(١) مبادىء الاحوال الشخصية للطوائف الملية ٢٦٢ .

(٢) المصدر السابق ٢٧٠ .

(٣) احمد صفوت الاحوال الشخصية للطوائف الملية ، ص ١١٠ .

الشخصية لابن شمعون انما يمثل وجهة نظر هذه الطائفة فقط وقد جاء فيه : م ٢٢٤ « والطلاق في يد الرجل » م ٣٢٥ « قبول المرأة الطلاق ليس شرطاً » ثم جاءت نصوص اخرى في نفس الكتاب تدعو الزوج الى عدم الطلاق الا لسبب كما جاء في المادة ٣٢٨ « لا يليق بالرجل أن يطلق اول زوجة له بغير مقتضى » والمادة ٢٢٧ : يجوز تسويف امر الطلاق سنة او اقل يفرق ، فيها بين الزوجين حال كراهة الزوجة اياه او في حال المرض .

وقد يبدو بعض التعارض بين هذه النصوص ولكن في الحقيقة ان المراد بالمواد الاخيرة هو الارشاد الديني اي انه لايجوز ديانة للشخص ان يطلق زوجته بدون سبب اما قضاء فالطلاق صحيح دون البحث عن الاسباب التي دعت الى الطلاق[1] .

الطلاق لدى القرائين : اما الطلاق لدى طائفة القرائين فيختلف امره فلا يجوز له ان يطلق زوجته بدون عذر شرعي يقدره القاضي – كما يجوز للزوجة ان تطلب الطلاق ايضاً كالرجل – فالطلاق لدى طائفة القرائين يتم بناء على طلب الزوج او الزوجة التطليق من القاضي لاسباب معينة ذكرها الشارع الا اذا اتفق الزوجان على الطلاق فيصح امام القاضي بدون بيان الاسباب الداعية اليه.

جاء في شعار الخضر[2] . وهو المرجع لطائفة القرائين ، لا تطلق المرأة بمجرد أن وجد بها عيباً .

وجاء فيه : ولهذا عنى الفقهاء ببيان ماهو فعيب فقالوا هو ما لا يتحمل وقسموه الى قسمين :

(١) ما كان بالنفس ماساً بالدين ... (٢) ما كان في الخلق او خلق ...
(٣) الابتذال في الاسواق والطرق واتيان مايمس الشرف .

---

(١) مبادىء الاحوال الشخصية للطوائف الملية .

(٢) شعار الخضر ص ١٢٦ .

ويقول مؤلف الكتاب : « ومحل الطـلاق من هذه العيوب هو ما دون الهين المحتمل حسبما يراه اولو الامر من اهل الشرع لا طالب الطلاق فهو قد يجسم التافه ويعظم اليسير » .

وجاء في حاشية الكتاب المذكور[1] قيد الطلاق شرعاً بالمسوغ وبين الفقهاء ماهو ووكلوه مع ذلك الى القائمين بأمر الشرع منعاً من ظلم الرجل للمرأة .

وهكذا نجد ان الطلاق بارادة الزوج المنفردة جائز لدى طائفة الربانيين . وغير جائز لدى طائفة القرائين . فالذي ذهب اليه الاستاذ تادرس من ان الطلاق في اليهودية يقع بارادة الزوج يحتاج الى تفصيل – وكذلك ماذكره الدكتور اهاب من ان اليهودية لا تعرف نظام التطليق وكل طلاق يقع بارادة الرجل المنفردة فغير صحيح .

واما ما ادعاه الدكتور اهاب من وجود تعارض فيما نقله عن الاستاذ احمد صفوت فلم اجد فيه الا الوضوح والصواب فيما ذكره[2] .

فالاستاذ احمد صفوت حينما قال : الطلاق جائز للرجل بمحض ارادته انما يقصد طائفة الربانيين وحينما قال : وعند القرائين لا يجوز للرجل ان يطلق زوجته الا بمسوغ يتضح الامر ويظهر لنا انه يميز بين الطائفتين حيث الطلاق مباح بارادة الرجل لدى الطائفة الاولى ، ولا يجوز الطلاق الا بمسوغ لدى الطائفة الثانية .

والخلاصة : ان الطلاق في الشريعة اليهودية سواء أكان بارادة الرجل المنفردة كما ذهب الى ذلك طائفة الربانيين ام لابد فيه من سبب شرعي يقدره القاضي كما قال القراءون فانه لا يقع الا امام القاضي حيث يسلم الزوج لزوجته وثيقة الطلاق .

---

(١) شعار الخضر ١٢٩ .

(٢) أشار الاستاذ أحمد صفوت في مطلع كلامه انه يتكلم عن طائفة الربانيين ثم أشار الى خلاف القرائين – احمد صفوت ص ١٠٩ .

جاء في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية[1] : انه طبقاً للشريعة الموسوية وهي الواجبة التطبيق على موضوع هذه الدعوى لا يرفع قيد الزواج الا بالطلاق، ولا يصح الطلاق شرعاً الا امام السلطة الشرعية ، وذلك بأن يسلم الرجل بيده وثيقة الطلاق الى يد مطلقته قائلاً لها استلمي وثيقة طلاقك فأنت طالق ، المواد ٣٢١ و ٣٢٥ و ٣٣٦

وفي حكم لمحكمة الاستئناف في القاهرة[2] ، يؤيد ما ذهبت اليه من ان طائفة القرائين لا يجوز الطلاق فيها بارادة الرجل المنفردة اذا لم يتفق الزوجان على الطلاق فقد جاء فيه :

« انه ظاهر من نصوص شريعة الاسرائيليين ان الطلاق لا يقع عند الاسرائيليين القرائين في حالة عدم قبول الزوجة الا بمسوغ مقبول شرعاً وعرفاً وبعد ان يقدر القاضي هذا المسوغ تقديره الحق .

ويبين من مراجعة الحكم المستأنف انه اكتفى بالطلاق الذي اوقعه الزوج في الجلسة فقضى مباشرة باثبات هذا الطلاق الواقع الجلسة بقوله ان من حق الزوج ان يوقع الطلاق على زوجته وما على المحكمة الا ان تثبت هذا الطلاق .

وان هذه المحكمة ترى ان نظر محكمة اول درجة في غير محله . وان الطلاق لا يقع عند طائفة الاسرائيليين القرائين الا بقبول من الزوجة فان كانت غير قابلة فلا يقع الطلاق الا بمسوغ يشرف عليه القاضي ويقدر ظروفه » .

• • •

---

(١) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٦/١/٢٤ والحكم في نزاع بين يهوديين من طائفة الربانيين بدليل الاستدلال قانونهم .

(٢) استئناف القاهرة ١٩٥٨/٥/٢١ وجاء في الحكم ، وحيث أن الاسرائيليين ينقسمون الى طائفتين : طائفة القرائين ولكل طائفة منها قانون وأوضاع خاصة بهم.

التطليق في المسيحية :

لا تعرف المسيحية الطلاق بارادة الرجل المنفردة كما هو الحال في اليهودية والشريعة الاسلامية وكما كان معروفاً لدى الرومان لأن الزواج الأصل فيه انه رابطة مؤبدة لا تزول الا بالموت .

جاء في الخلاصة القانونية[1] : « اعلم ان الطلاق ممنوع في الشريعة المسيحية فليس للانسان ان يطلق امرأته بمجرد اختياره او يفارقها بحسب ايثاره . »

اما التطليق بحكم القاضي (الرئيس الملي) بناء على طلب احد الزوجين فقد نشأ الخلاف في المسيحية حول جوازه وانقسمت الكنائس في هذا الموضوع الى ثلاثة مذاهب :

١) الكاثوليك : وهم الذين لا يبيحون التطليق لأي سبب كان .

٢) البروتستانت: يجوز عندهم التطليق لسببين فقط .

٣) الارثوذكس: وقد اباحوا لأحد الزوجين ان يطلب التطليق لأمور كثيرة ذكروها في كتبهم .

وسنعرض بايجاز رأي كل مذهب من هذه المذاهب الثلاثة مع ادلة كل منها[2] :

* * *

(١) الخلاصة القانونية ص ٣١ .

(٢) في المسيحية ثلاث مذاهب :

١) الكاثوليكية وتتبع الرئاسة في روما .

٢) الارثوذكسية وهي طوائف مستقلة بعضها بعض .

٣) البروتستانتية ولهم في كل قطر رئاسة مستقلة .

والى القرن الخامس كانت الكنائس المسيحية متحدة لاخلاف فيما بينها . وقد اصدر

المذهب الاول : ادلة الذين لا يبيحون التطليق :

١) ماجاء فى بعض الاناجيل :

١) في انجيل لوقا[٤] ـ كل من يطلق امرأته ويتزوج بأخرى يزني . وكل من يتزوج بمطلقة من رجل ليزني .

٢) وفي انجيل مرقص[٥] ـ « فتقدم الفريسيون[٦] وسألوه : هل يجوز للرجل ان يطلق امرأته ـ ليجربوه ـ فاجاب وقال: بماذا اوصاكم موسى فقالوا:

= احد المجامع الدينية في سنة ٤٥١ قراراً يتعلق بطبيعة السيد المسيح وانه ذو طبيعتين طبيعة بشرية وطبيعة الهية. فأعلنت الكنيسة المصرية عدم موافقتها على ذلك ـ وقالت ان للمسيح طبيعة واحدة وهي الطبيعة الالهية . وقد أنشأوا كنائس خاصة بهم وعرفت الكنيسة المصرية القبطية . ثم حدث خلاف حول الرئاسة الكنيسية في العالم فطالب اسقف القسطنطينية أن يكون هو الرئيس الاعلى للمسيحيين وقام البابا في روما معارضاً ذلك . وكان من نتيجة ذلك ان تم الانفصال بين الكنيستين عام ١٠٥٤ م . وغلب على الكنيسة الغربية اسم الكاثوليكية أي الجامعة وعلى الكنيسة الشرقية اسم الارثودكسية أي صاحب الرأي المستقيم . وفي القرن السادس عشر انتشر المذهب البروتستانتي بعد أن انشق عن الكاثوليكية وأهم مبادئهم :

١) عدم الاعتراف بغير الكتاب المقدس مصدرا للتشريع ولا يجوز لرجال الدين ان يحتكروا تفسيره فلكل مسيحي ان يفسره حسب ما يفهمه .

٢) لا يجوز لرجال الدين الصلاة بلغة لا يفهمها المصلون بل لا بد ان يفهم المصلي ما يقوله القسيس اثناء الصلاة .

٣) لكل كنيسة رئيسها فهم لا يعترفون بوحدة الرئاسة للكنيسة .

المراجع : محاضرات في النصرانية للشيخ محمد ابو زهرة ص ١٨١ . المسيحية الدكتور احمد شلبي ص ١٢٣ احمد صفوت ص ٥٣ ـ الاحوال الشخصية غير المسلمين حلمي بطرس ص ٣١ .

(٤) انجيل لوقا الاصحاح ١٦ العدد ١٨ .

(٥) انجيل مرقص الاصحاح ١٠ العدد ٣-١٢ .

(٦) الفريسيون : فرقة من اليهود .

موسى اذن ان يكتب كتاب طلاق فتطلق فاجاب يسوع وقال لهم : من أجل قساوة قلوبكم كتبت لكم هذه الوصية ولكن من بدء الخليقة ذكرا وانثى خلقهما الله . ومن اجل هذا يترك الرجل اباه وامه ويلتصق بامرأته ويكون الاثنان جسدا واحدا اذا ليسا بعد اثنين بل جسد واحد فالذي جمعه الله لا يفرقه انسان .

ثم في البيت سأله تلاميذه أيضاً عن ذلك فقال لهم من طلق امرأته وتزوج بأخرى يزني عليها وإن طلقت امرأة زوجها وتزوجت بآخر تزني .

٢ – الزواج سر مقدس من الاسرار الكنسية لايجوز انحلاله : يعتبر الزواج في المسيحية سراً مقدساً يرتبط به الزوج بزوجته فلا يجوز لهما الإنفصال بعد ذلك مهما تكن الأسباب .

جاء في أسرار الكنيسة السبعة [١] – الزواج سر مقدس به يرتبط ويتحد الرجل والمرأة اتحاداً مقدساً بنعمة الروح القدس .

ويقول بولس الرسول للرجال : أيها الرجال أحبوا نساءكم كما أحب المسيح أيضاً الكنيسة وأسلم نفسه لأجلها لكي يقدسها . ومن هذا يرى المسيحيون مدى ارتباط الزوج بزوجته كارتباط المسيح بالكنيسة فلا يقبل الانفصال .

وقال في أسرار الكنيسة معلقاً على قول بطرس [٢] فمن قول الرسول هذا يتضح جلياً أن ارتباط الزيجة يصور اتحاد المسيح بالكنيسة وعلى هذا المعنى يكون الزواج سراً عظيماً لأنه ما دام رباط الزيجة هو صورة حقيقية في جوهره يصور سرياً اتحاد المسيح بالكنيسة وهذا الاتحاد هو بلا ريب مقدس وبريء من الدنس – فمن الضرورة أن نسلم بأن الزيجة أيضاً قد تقدست في

---

(١) اسرار الكنيسة السبعة ص ١٨٩ .

(٢) اسرار الكنيسة ص ١٩١ .

الشريعة المسيحية وامتلأت نعمه بوجه سري واستوفت شروط السر « وأنها سر من الأسرار المقدسة » .

٣) الاستناد الى القانون الطبيعي droit naturel والقانون الإلهي الوضعي droit divin positif قالوا ان قواعد القانون الطبيعي تقتضي أن الزواج ، لا يحقق غايته وأهدافه الا اذا كان علاقة دائمة لا تقبل الانفصال .

كما أسندوا ذلك الى القانون الالهي الوضعي بما جاء في سفر التكوين حين يقص ان الله خلق حواء بعد آدم لأنه سبحانه وتعالى وجد أنه ليس حسناً أن يكون آدم وحده ووضع على لسان آدم تعقيباً على صنع الله قوله « هذه الآية عظم من عظمي ولحم من لحمي من أجل هـذا يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكونان جسداً واحداً »[١] .

غير أن الاستاذ حلمي بطرس يرد على ذلك بقوله[٢] — غير ان الاستناد الى هاتين النظريتين كان مثار اعتراضات كثيرة فان القول بأن قواعد القانون الطبيعي تستوجب دوام العلاقة الزوجية لتحقيق الغايات التي تقصد منها لا يفسر الابقاء على العلاقة الزوجية حين يكون أحد الزوجين عقيماً .

كما ان الاستناد الى سفر التكوين لا يفسر الطلاق الذي أباحته الشريعة الموسوية ولا يفسر قابلية العلاقة الزوجية بين غير المؤمنين للحل .

ويقول : ومن أجل هذا بقي الفسقة الكنس في عهده التقليدي عند نظريته في بناء تأبيد الزواج على كونه سراً مقدساً .

. . .

---

(١) ايهاب اسماعيل ص ٨٨ .

(٢) حلمي بطرس ١٠٤ .

المذهب الثاني [1]: ذهب البروتستانت الى ان التطليق يجوز في حالتين: في حالة الزنا ، وحالة تغيير الدين . فاذا ما زنى أحد الزوجين أو غير دينه فللآخر أن يطلب من القاضي التطليق .

١ – التطليق للزنا – ودليل هؤلاء فيما ذهبوا اليه ما جاء في انجيل متى [2] أن المسيح صعد على ربوة وأخذ يعظ الناس بما سميت بموعظة الجبل التي تعتبر دستوراً للمسيحية .

قال « من طلق امرأته إلا لعلة زنا فقد جعلها زانية . ومن تزوج مطلقة فقد زنا » .

وقد سأله الفريسيون : هل يحل للانسان أن يطلق زوجته فأجابهم : « وانا اقول لكم من طلق امرأته إلا لعلة زنا وأخذ أخرى فقد زنا ومن تزوج مطلقة فقد زنا » [3] .

فهذه النصوص صريحة في جواز الطلاق حالة الزنا وقد انفرد انجيل متى بذلك حيث لم يرد مثل ذلك في سائر الاناجيل [4] .

وقد نهى الرسول بولس عن مخالطة الزناة بقوله « ولا تخالطوا الزناة » . [5]

٢ – التطليق لتغيير الدين :

وأساس التطليق في هذه الحالة ان من يغير دينه المسيحي يعتبر ميتاً حكماً

• • •

(١) والطائفة البروتستانت في مصر قانون وافقت عليه الحكومة المصرية في ١٩٠٢ وهو مستمد من قوانين الاقباط الارثوذكس ومن الشريعة الاسلامية ؛ الاحوال الشخصية لغير المسلمين شفيق شحاته ٥١/١ .

(٢) الاصحاح الخامس عدد ٣٢ .

(٣) الاصحاح ١٩ العدد ٩ .

(٤) عبقرية المسيح للعقاد ص ١٣٧ طبعة دار الهلال .

(٥) رسالة بولس الرسول الاولى الاصحاح ٥ العدد ٤ .

ومن مات حقيقة فقد انفسخ نكاحه قياساً على الموت الحقيقي قاسوا الموت الحكمي وقالوا : كل من غير دينه فللزوج الآخر الذي بقي على دينه المسيحي أن يطلب التطليق .

تأويل الكاثوليك لما ورد في انجيل متى[1] :

١) ان السيد المسيح بقوله : من طلق امرأته إلا لعلة زنا فقد جعلها زانية ، قصد بكلمة طلق أي هجر وافترق مع بقاء رباط الزوجية .

٢) لو قصد السيد المسيح بقوله طلق الإنحلال الزوجي لتعارض مع قوله – ومن تزوج مطلقة فقد زنا – اذ كيف يسمح بالطلاق تارة ويحرمه تارة اخرى ولكن اذا فسرنا الطلاق بمعنى الهجر لتلاءم المعنى ولصح ان يقال اذا افترق الزوج عن زوجته فلا يجوز لاجنبي ان يتزوجها والا كان زانياً حيث لا تزال زوجة لزوجها لان الهجر لا يفيد انحلال الزواج .

٣) وبتفسير الطلاق بالهجر تتلاءم نصوص الاناجيل ولا تتعارض معانيها في هذا الموضوع فقد جاء في انجيل لوقا[2]: « كل من طلق امرأة وتزوج اخرى فقد زنى ، ومن تزوج التي طلقها رجلها فقد زنى » فالطلاق هنا بمعنى الهجر لانه ينص صراحة على تحريم الطلاق ولهذا فان الكاثوليك يقولون من وجد امرأته تزني فلا يجوز له تطليقها بل كل ما في الأمر ينفصل عنها جسمانياً بحكم يصدر من القضاء وتبقى رابطة الزوجية ، ولا يجوز لأحدهما ان يتزوج بل يفترقان في المأكل والمشرب والمضجع ويسمى هذا بالانفصال الجثماني .

• • •

---

(١) الاحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية من المصريين . محمد محمود نمر . الفي بقطر حبشي ص ٣١١ .

(٢) انجيل لوقا الاصحاح ١٦ العدد ١٨ .

المذهب الثالث : قال الارثوذكس بالتطليق للأسباب التي قال بها البروتستانت واضافوا اليها اسباباً اخرى لم يأت ذكرها في الاناجيل وبرروا ذلك بأن هذه الاسباب تبلغ حدا من الخطورة يصير معه الإبقاء على الرابطة الزوجية امرا مستحيلاً ويؤدي الى الإضرار بكل من الزوجين .

كلمة موجزة في تطوير نظام التطليق لدى الارثوذكس :

الاصل لدى الارثوذكس ان الزواج **رابطة مقدسة لا يجوز انحلالها** الا بالزنا كما جاء في انجيل متى وعلى هـذا سار التشريع في الكنيسة الارثوذكسية ردحاً طويلاً من الزمن .

الا ان فقهاء هذا المذهب اباحوا التطليق لعدة امور انفردوا بها عن سائر المذاهب كالتطليق لسوء السلوك وللعيوب والامراض وللجنون .

ويعلل اكثر الكتاب هـذا التطور بأنه نتيجة لتأثير النفوذ الروماني على الكنيسة الارثوذكسيه .

يقول الاستاذ حبشي :[1] ليس مرد انفراد الكنيسه الارثوذكسيه بالتطليق الى تفسير عبارات المسيح التي وردت في الكتاب المقدس بهذا الصدد فحسب بل يرجع ايضاً الى ظروف سياسية وتاريخية مرت بها الكنيسه الارثوذكسيه ولم تتعرض لها الكاثوليكية ادت الى مصارعة القانون الروماني الذي كان يبيح التطليق لقوانين الكنيسه الشرقيه وتسرب بعض حالاته اليها[2]

ويقول الدكتور اهاب اسماعيل [3] ، كانت مصر من البلاد التي شملتها رقعة الامبراطورية الرومانية الشرقية ، ومن أجل هـذا خضعت لنفوذ الاباطرة

---

(١) الفي وحبشي ص ٢٩٥ .

(٢) اما الكنيسة الغربية الكاثوليكية التي كان البابا رئيساً لها في روما فقد حرمت الطلاق لاي سبب كان وسبب ذلك الظروف البابوية التي مرت بها الدولة الرومانية الغربية حيث استقلت الكنيسة الكاثوليكية عن السلطة الزمنية بعد انهيار الدولة الرومانية عام٤٠٩م.

(٣) مبادىء الاحوال الشخصية للطوائف الملية للدكتور اهاب اسماعيل ص ١٠٠ .

الرومانيين الذين كان لهم اكبر الاثر في سريان فكرة انحلال الزواج خلافا لما انفردت به كنيسة روما من تحررها من مثل هذا النفوذ . وهذا العامل الذي أثر في سائر الكنائس الشرقية أثر كذلك في كنيسة الاقباط الارثوذكس .

ويمكننا القول بأن الكنيسه الشرقيه تميزت عن الكنيسه الغربيه بتشريعاتها وخاصة في موضوع الزواج والطلاق حيث اجازت التطليق على نطاق واسع مما لم يكن معروفاً قبل الانقسام الكنسي من جهة ولم تعرفه الكنيسه الغربيه حتى الان من جهة أخرى .

وسبب هذا كما يذكر الكتاب تأثر الكنيسه الشرقيه بالبيئة التي نشأت وترعرعت فيها وخاصة القوانين الرومانية التي كانت تبيح الطلاق بالارادة المنفردة للرجل .

من أين استمد التشريع القبطي الارثوذكسي اسباب التطليق ؟...

قلنا ان الشريعة المسيحية لاتعرف الطلاق بارادة الرجل وانما اجاز الارثوذكس التطليق لاسباب معينة هذه الاسباب لم يرد منها في الانجيل سوى الزنا وما عداه من اسباب فقد كان تأويلا منهم وتوسعاً في مفهوم الزنا كسوء السلوك مثلا حيث اطلقوا عليه الزنا الحكمي .

اما بقية الاسباب كالجنون والامراض والعلل فلم ينص عليه في اي مصدر من مصادر المسيحية الاولى — وقد عللوا . ذلك بتأثرهم في التشريع الروماني . جاء في حكم لمحكمة قنا الابتدائية [١] — «أنه من العجيب ان بعض القوامين على الدين من رجال الكنيسه واعضاء المجلس الملي العام قد سايروا التطور الزمني فاستجابوا الرغبات ضعيفي الايمان فأباحوا الطلاق لأسباب لاسند لها من الانجيل».

ثم قالت : وحكم الشريعة المسيحية قاطع في أن الطلاق غير جائز الا لعلة الزنا وترتب على زواج احد المطلقين بأنه زواج مدنس ، بل هو الزنا بعينه . »

---

(١) الاهرام ١/٣/١٩٥٦ .

ويقول في هذا استاذنا الدكتور شفيق شحاته [1] – « لذلك نقول ان هناك شريعة مسيحية شرقية نشأت وترعرعت في البيئة الشرقية وهي تصطبغ بصبغة خاصة تميزها تمييزاً واضحاً عن الشريعة المسيحية الغربيه – فهي تستند الى مصادر دينيه متحده ، ثم انها تستكمل هذه المصادر بالرجوع تارة الى القانون البيزنطي الذي كان مطبقاً في الامبراطوريه الرومانيه الشرقيه وطوراً آخر الى الشريعة الاسلامية التي كانت مطبقة في البلاد العربيه بعد الفتح الاسلامي » .

. . .

التقنينات القبطية الارثوذكسيه : ١) اهم مرجع للاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس هو المجموع الصفوى لابن العسال حيث كتبه في القرن الثالث عشر .

٢) الخلاصة القانونية في الاحوال الشخصية لفيلوثاؤس عوض .

٣) قانون الاحوال الشخصية الذي اقره المجمع المقدس والمجلس الملي عام ١٩٣٨ .

٤) مشروع مقدم الى وزارة العدل اعتمده المجمع المقدس والمجلس الملي عام ١٩٥٥ .

وفي هذه المجموعات أبيح التطليق للجنون والامراض المعدية والامراض التناسلية وللغيبه والحبس فضلا عن الزنا وسوء السلوك .

مدى تأثير الشريعة الاسلامية بالتشريع القبطي الارثوذكس :

لااريد ان اخوض في بحث قد يكون خارجاً عن موضوعي فأنا ابحث في قوانين الاحوال الشخصية لافي تاريخ التشريع غير انه لفت نظري مادرج عليه شراح قانون الاحوال الشخصية لغير المسلمين من تعليلات وتفسيرات لتطور نظام الطلاق لدى الارثوذكس مما دفعني الى البحث في حدود مااطلعت عليه من

---

(٢) شفيق شحاته ١ / ١٢ .

المراجع الى معرفة هذه الاسباب التي جعلت من الكنيسه القبطيه الارثوذكسيه ان تخالف جميع الكنائس الاخرى فتقرر الطلاق لاسباب عديدة تتغير وتتطور مع الزمن وحسب المصلحة ولم أجد سوى أستاذنا الدكتور شحاته من أنصف هذا الموضوع وهو الرجل الذي يتمسك بمسيحيته ولكن حب الحقيقة فوق نزعات التعصب فقرر في اكثر من موضع أن الشريعة القبطية استمدت من الشريعة الاسلامية في تشريع الطلاق اموراً عدة .

واني اضع امام الباحثين هذه النقط لعلهم يتابعون بحثاً لم أجزم به بعد وان كنت لاأشك أن التشريع القبطي الارثوذكس في مصر استمد كثيراً في تشريعه في الطلاق والزواج من الشريعة الاسلامية . انما مدى هذا التأثر وهل شاركه فيه غيره من التشريعات كالروماني مثلا ام لا هذا ما يحتاج الى بحث اكثر ، وعلى كل حال فاني اشير الى بعض الامور التالية التي تمهد السير لمن أراد متابعة الطريق .

١) انشقت الكنيسة المصرية عن القسطنطينية عام ٤٥١ وهي لم تأخذ بعد بنظام التطليق بل كانت في صراع دائم مع اباطرة الرومان في هذا الموضوع فالرومان يريدون فرض نظام الطلاق والكنيسة تعارض ذلك.

وقام صراع عنيف بين الكنيسة المصرية والحكام الروم « ولقوا في هذا السبيل من اضطهاد حكامهم الروم مالقى آباؤهم من قبل على ايدي الوثنية الرومانية »[1] .

٢) ولما جاء جوستينيان ووضع نظاما للطلاق عارضته الكنيسه بشدة وكان نتيجة ذلك ان اجتمع في سنة ٦٩١ مجمع القسطنطينية الثاني وعرف باسم مجمع القبه وقرروا انه لايجوز لاي من الزوجين ان يطلق الآخر بارادته المنفردة كما كان متبعاً في قوانين جوستينيان . كما انتقد المجمع بشدة الطلاق باتفاق الزوجين .

---

(١) احكام الاحوال الشخصية لمصريين غير المسلمين . حلمي بطرس ص ٣٥ .

٣) جاء الامبراطور ليون الثالث وابنه قسطنطين فالغيا الطلاق بالاتفاق واصدرا اول تشريع للطلاق في عام ٧٤٠ يحصر سبب التطليق بالزنا ، وتآمر احد الزوجين على حياة الآخر ، ومرض احد الزوجين بالبرص [١] ـ .

٤ ولكن سرعان ما اعيد الطلاق بالاتفاق وعاد خلاف الكنيسة مع السلطة الزمنية كما كان .

يقول الدكتور اهاب اسماعيل [٢] ـ وظلت الكنيسة تصارع حد مبدأ الطلاق بالارادة والاتفاق الى ان تم لها النصر النهائي في مجمع القسطنطينية الذي انعقد سنة/٩٢٠ .. ويقول : فاستقر لها الامر نهائيا على الغاء الطلاق بالاتفاق وتحديد اسباب محددة للتطليق لسائر التابعين للكنيسة الارتوذكسية في القسطنطينية . .

٥) وفي القرن التاسع اضاف الامبراطور ليون الفيلسوف اسبابا اخرى للتطليق وهي الجنون والغيبه [٣] ـ .

٦) فتح عمرو بن العاص مصر عام ٦٣٩ ونشر مبادىء الإسلام بين جميع المصريين وهنا نقف قليلاً لنتساءل الى أي مدى تأثر الاقباط الارثوذكس في التشريع الإسلامي في موضوع الزواج والطلاق؟... هل أخذوا هذا النظام عن الكنيسة التي انفصلوا عنها وحاربتهم واضطهدتهم فابتعدوا عنها واستقلوا بكنائسهم الخاصة وهم بعد لم يتأثروا بأي تشريع روماني في موضوع الطلاق حيث انفصلوا قبل ظهور قانون كنسي يبيح التطليق بنحو خمسة قرون ؟؟... أم تأثروا بالتقاليد والاعراف الجديدة التي حملها المسلمون مع دينهم الجديد الى مصر ؟....وحسبنا ان نلفت النظر الى ان كنيسة القسطنطينية نفسها لم تقر التطليق الا بعد فتح مصر بثلاثة قرون ، يقول الدكتور شحاته [٤] : بعد انتصار العرب على الروم

(١) اهاب اسماعيل ٩٨ .
(٢) المصدر السابق ٩٩ .
(٣) شفيق شحاته ١/ ٣٠ .
(٤) المصدر السابق ١/ ٣١ .

في القرن السابع حلت الشريعة الاسلامية محل القانون الروماني البيزنطي في معظم البلاد الشرقية التي كانت خاضعة للامبراطورية الشرقية الرومانية وقد نتج عن ذلك ان اصبح فقهاء الشريعة المسيحية يرجعون لاستكمال مجموعاتهم الشرعية لا الى احكام القانون البيزنطي ولكن الى اراء الفقهاء الاسلاميين فغدت الشريعة الاسلامية مصدرا من مصادر الفقه المسيحي الشرقي تقوم جنبا الى جنب مع القانون الروماني البيزنطي بالمجموعات الشرعية الشرقية »

٧) ان اول مجموعة للاقباط الارثوذكس في الاحوال الشخصية ظهرت في عصر ابن لقلق حين طلب من ابن العسال ان يكتب له في ذلك فوضع مجموعة تناولت الاحوال الشخصية وسميت بالمجموع الصفوي وذلك في القرن الثالث عشر[١].

ويقول الدكتور شحاته[٢] : وهذا الكتاب يعتبر المجموعة الشرعية شبه الرسمية للفقه المسيحي القبطي الى ايامنا هذه . وقد جمع هذا الكتاب بين دفتيه القواعد الشرعية والقانونية مستمدة من مختلف المصادر ، اما القواعد القانونية فمنقولة عن الكتاب السوري الروماني . وقد رجع ايضا ابن العسال الى كتب الفقه الاسلامي ، وبوجه خاص الى كتب ابي اسحاق الشيرازي في المذهب الشافعي وقد اجمع الباحثون على ان كتاب ابن العسال يعتبر فذا في تاريخ الشريعة المسيحية الشرقية » .

ويقول : « ولم يوجد بعد ابن العسال من بلغ شأوه » .

ولم يقتصر اثر الشريعة الاسلامية على المؤلفات والتقنينات القبطية فحسب لم تعداه الى جميع الكنائس الشرقية .

واني انقل هنا عن استاذنا الدكتور شحاته الذي حقق في هذا الموضوع تحقيقا علميا حينما كتب في الاحوال الشخصية لغير المسلمين مما يعتبر في رأيي من

---

(٢) طبع هذا الكتاب في مصر عام ١٩٠٨ بعنوان : المجموع الصفوي للشيخ الصفي ابن العسال وطبع مرة اخرى في عام ١٩٢٧ .

(٣) شفيق شحاته ١/٤١ .

أهم المراجع في هذا البحث . يقول « وقد ظهر أثر الشريعة الاسلامية واضحا لاول مرة في مؤلف يشوع بخت الكلداني ، وهو المسمى « بكتاب الشرائع والاحكام » وهذا الكتاب وضع اصلا باللغة البهلوية في عهد الخلفاء العباسيين حوالي سنة ٧٩٠ وقد نقل فيه مؤلفه بعض الاحكام عن كتب الفقه الاسلامي ، وكذلك يظهر اثر الشريعة الاسلامية واضحا في كتاب « فقه النصرانية » الذي وضعه ابو الفرج بن الطيب حوالي سنة ١٠٤٣ في الفقه المسيحي الكلداني ، كما ظهر ذلك الاثر عند الاقباط في مجموعة ابن سهل وهي اقدم مجموعة قبطية ويرجع تاريخ وضعها الى القرن الحادي عشر [١] . بل تعدى الامر الى طائفة الموارنه التي تدين بالكاثوليكية فقد ألف عبد الله قراعلي من مطارنة الموارنة في القرن الثامن عشر كتابا سماه « الفتاوى » تضمن نصوصا من ابن العسال ومن الشريعة الاسلامية [٢] » .

وخلاصة ما تقدم أن الاقباط الارثوذكس في مصر تأثروا بتشريعاتهم في الاحوال الشخصية بالتشريع الاسلامي اكثر مما تأثروا بالتشريع الروماني بل ان تأثرهم في القانون الروماني في كثير من امور الطلاق في رأينا محل نظر ويحتاج الى تحقيق اكثر مما يذكره الكتاب والشراح .

فالتفريق للعلل والامراض وسوء السلوك والجنون والغيبة كلها أمور انفرد بها المذهب الارثوذكسي . حتى ان ابن العسال وهو يذكر هذه الاسباب للتطليق يعلل وجودها بمنافاتها الغرض الحقيقي من الزواج ولا يشير الى اي مصدر ديني اعتمد عليه في ايرادها فيقول ان القصد الاول من الزيجة هو ايلاد الاولاد واطفاء الشهوة والتعاون بين الزوجين [٣] .

وفي الخلاصة القانونية [٤] ـ الغايات الشرعية المقصودة من الزواج هي ثلاثة أمور :

---

(١) شفيق شحاته ٣٢/١ .
(٢) المصدر السابق ٤٧/١ .
(٣) المجموع الصفوي ص ١٨٨ .
(٤) الخلاصة القانونية ص ١٧ .

١) ايلاد الاولاد لبقاء النوع البشري .

٢) تحصين الزوجين بواسطة اختلاطهما الزوجي .

٣) التعاون على المعاش بمساعدة كل منهما للآخر .

فالتطليق للمرض اذن يعارض تحقيق ما يهدف اليه الزوج ولهذا شرع تخلصا من حياة زوجية اصبحت عاجزة عن تأدية وظيفتها الاجتماعية .

وعلى كل حال سواء تأثر التشريع القبطي بالتشريع الروماني ام تأثر بالتشريع الاسلامي وسواء استمد الاسباب التي اباحها للتطليق من كل من التشريعين ام من كليهما فانه مما لاريب فيه انه تشريع طارىء على المسيحية لم تعرفه في عصورها القديمة كما لم تأخذ به بقية الكنائس .

والذي يهمنا في هذا الموضوع ليس اثبات مصدر هذا التشريع في هذا المجال انما اتيت بهذه اللمحة الموجزة لاقول ان التشريع القبطي الارثوذكسي في بلادنا تشريع مرن متطور يلائم مصلحة الزمن ويساير ركب التقدم التشريعي وليس تشريعا يستند الى اصول ثابتة جامدة لاتتغير ولاتتبدل ولو وقفت امام الضرورات الملحة للحياة الاجتماعية في كل عصر .

كما ان الاقتباس عن التشريعات الاخرى مزية كبرى لكل تشريع وضعي ظهر النقص فيه . فالتشريعات الوضعية كلها تقتبس وتتأثر من بعضها حتى ان الشرائع السماوية لاضير عليها ان اقتبست عن التشريعات الاخرى فيما تحتاج اليه مما لم يكن موجودا لديها ولا يتعارض مع مبادئها العامة .

ونحن في هذا يجب ان نفرق بين الشريعة المسيحية وبين الدين المسيحي فالشريعة تعني مجموعة القوانين والقواعد التي صاغها رجال الكنيسة منذ اقدم العصور حتى الان اما الدين المسيحي فهو الذي يتعلق باللاهوت والعقيدة ـ فالاول متطور مرن ويجب ان يكون كذلك والثاني جامد ثابت ولا يجوز ان يكون غير ذلك .

يقول الدكتور شفيق شحاته [1] ـ فالشريعة المسيحية شيء والدين المسيحي شيء آخر .

ويقول : الفرق واضح في المسيحية مابين علم اللاهوت ، بما فيه من بحوث تتناول الاعمال من الناحية الاخلاقية ، ومـــابين القانون الكنسي اي الفقه المسيحي بالمعنى الصحيح

وبعد هذا كله فاني اضم صوتي الى المطالبين بوحدة التشريع لكافة الطوائف في الدولة الواحدة . ولنا للموضوع عودة .

---

(١) شفيق شحاته ٦/١٠ الاحوال الشخصية لغير المسلمين .

م - الطلاق عند العرب قبل الاسلام :

كان الطلاق معروفـــا لدى العرب في الجاهلية بأنظمة مختلفة على مايبدو للباحث ، فبينما يحدث عروة عن عائشة ، ان الرجل كان يطلق امرأته ماشاء ان يطلقها وهي امرأته اذا ارتجعها وهي في العدة،وان طلقها مائه مرة او اكثر[1]

نجد اخباراً تقول بأن العرب عرفت نظام الطلقات الثلاث وان الزوجـة كانت تبين بالطلقة الثالثة حيث لارجعة فقد جاء في «بلوغ الارب في معرفة احوال العرب »[2] : كان العرب في الجاهلية يطلقون ثلاثا على التفرقة واول من سن ذلك لهم اسماعيل بن ابراهيم عليه السلام ثم فعلت العرب ذلك فكان احدهم يطلق زوجته واحـدة وهو احق النـاس بها حتى اذا استوفى الثلاث انقطع السبيل عنهـا » .

وكما كان الزواج من حق المرأة فكذلك كان الطلاق لدى بعض القبائل من حق الزوجة تطلق زوجها متى شاءت .

جاء في الاغاني « وكان النساء او بعضهن يطلقن الرجال في الجاهلية »[3] .

وكان من عادة بعض القبائل اذا ارادت احدى نسائهن طلاق زوجها فانها تحول ابواب خبائها ان كانت الى الشرق فإلى الغرب وان كانت الى الجنوب فالى الشمال .

---

(١) نيل الاوطار ٦/٢١٤ وقد اشار اليه الاستاذ مصطفى شلبي في المدخل ص ٢٩ والدكتور مدكور في التشريع الاسلامي ص ٣٤ والاستاذ عيسوي في الفقه الاسلامي ص ٢٠ .

(٢) بلوغ الارب - محمود شكري الالوسي طبعة ثالثة ٢/٤٩ .

(٣) الاغاني ١٦/١٠٢ .

ويروي التاريخ ان ماوية بنت عفرز طلقت زوجها حاتم الطائي حين امعن به جنون الكرم فلم يبق لابنائه شيئاً من المال .

ويحدثنا الدكتور علي عبد الواحد وافى في كتابه الاسرة والمجتمع (١) ان طلاق النساء لرجالهن بهذا الشكل كان خاصا بالبدويات .

واما غير البدويات منهن ، ممن لم يكن من ذوات الاخبية ، فكان لهن اساليب اخرى يدللن بها الرجال على الطلاق - ويقول « اذا تزوجت الواحدة منهن رجلا ، واصبحت عنده كان امرها اليها - وتكون علامة ارتضائها للزوج ان تعالج له طعاما اذا اصبح ويفهم من ذلك ان عدم ارتضائها له كانت لادلته الا تعنى بأمر طعامه .

وكان العرب يخالعون نساءهم (٢) - فقد ذكر ابو بكر بن دريد في اماليه ان عامر بن الظرب زوج ابنته من ابن اخيه عامر بن الحارث ابن الظرب فلما دخلت عليه نفرت منه فشكا الى ابيها فقال : لا اجمع عليك فراق اهلك ومالك وقد خلعتها منك بما اعطيتها .

وقال الامام الشافعي رحمه الله (٣) : سمعت من ارضى من اهل العلم بالقرآن يقول : « كان اهل الجاهلية يطلقون بثلاث : الظهار والايلاء والطلاق ، فأقر الله تعالى الطلاق طلاقا وحكم في الايلاء والظهار بما بين القرآن (٤) .

---

(١) الاسرة والمجتمع ص ١٣٢ وقد ذكر ذلك ايضاًعبد الله العفيفي في كتابه المرأة في جاهليتها ١/٥٧

(٢) بلوغ الأرب ٢/٥٠ .

(٣) هو ابوعبد الله محمد بن ادريس الشافعي مؤسس المذهب . ولد بغزة سنة ١٥٠ ونشأ في مكة ورحل الى المدينة فأخذ عن الامام مالك ثم رحل الى العراق فاتصل بالامام محمد بن الحسن الشيباني وبهذا فقد اطلع على علم اهل المدينة والعراق . ثم استقر في مصر حيث حتث امىي مذهبه الجديد . والامام الشافعي هو الذي كتب بنفسه مؤلفاته واملاها على تلاميذه توفي عام ٢٠٤ ودفن في القاهرة .

(٤) بلوغ الارب ٢/٥٠

٢ ـ الطلاق في بعض القوانين الحديثة

أ ـ الطلاق في القوانين الاجنبية :

لاطلاق بارادة الرجل المنفردة في قوانين البلاد الاجنبية بل لابد من حكم يصدره القاضي بالتطليق بناء على طلب احد الزوجين لامور نص عليها القانون ولايوجد في قوانين العالم من لايبيح الطلاق الا ثلاثة قوانين هي : الايطالي والايرلندي والاسباني :

تطور التشريع الفرنسي في الطلاق [1] :

الفرقة بين الزوجين في التشريع الفرنسي تكون بحكم قضائي بناء على طلب احد الزوجين في حالات معينة ذكرها القانون . والفرقة اما ان تكون تطليقا من القاضي فيتم انفصال الزوجين عن بعضهما واما انفصالا جثمانيا مع بقاء الرابطة الزوجية وقد مر نظام التطليق في فرانسا بمراحل عدة نوجزها بما يلي :

قوانين الثورة الفرنسية : اعتبرت الثورة الفرنسية الزواج عقدا مدنيا خالصا فأصدرت قانوناً بالطلاق عام ١٧٧٢ جاء في مقدمته : «ان حق الطلاق يتصل بالحرية الشخصية التي تتنافى والارتباط الزوجي ارتباطاً لاينحل ابدا الا بالموت كما هو في القانون » .

وقد اجاز القانون الطلاق في الحالات التالية :-

١ ـ اذا اتفق الزوجان على الطلاق واقرا بذلك امام الموظف المختص .

٢ ـ اذا طلب احد الزوجين الطلاق لاسباب معينة ذكرها القانون

---

(١) الاحوال الشخصية في القانون الفرنسي . الدكتور حسن الاشموني ومحمد عبد الكريم ص ٢٣ .

كارتكاب بعض الجرائم او هجر الزوج زوجته او الاهانة الجسيمة من احدهما للآخر . وكل ضرر الحقه أحد الزوجين بالاخر يجوز للمضرور ان يطلب التفريق.

٣ ـ اذا تعذر استمرار الحياة الزوجية كما لو غاب احد الزوجين غيبة استمرت خمس سنوات. او اذا اصيب احدهما بالجنون فللاخر ان يطلب الطلاق.

ولقد توسع الشرع الفرنسي في اباحة التطليق حتى انه اجازه لمجرد عدم توافق الطباع والامزجة بين الزوجين .

القانون المدني ١٨٠٤ : جاء القانون المدني فوقف موقفاً وسطاً بين ماذهبت اليه التشريعات الثورية من اباحة الطلاق الى ابعد مدى وبين التشريعات الكنسية التي تحرم الطلاق فاجاز الطلاق بحكم القاضي في الحالات التالية :

١ ـ لكل من الزوجين ان يطلب الطلاق اذا ما ارتكب الزوج الآخر الزنا او حكم عليه بعقوبة بدنية او شائنة، وفي حالة تجاوز الحدود كأعمال العنف والاهانة الجسيمة .

٢ ـ الطلاق باتفاق الزوجين مع بعض القيود .

٣ ـ وقد اعاد التقنين المدني نظام الانفصال الجسماني بعد ان ألغته الثورة الفرنسية .

ثم طرأ بعد ذلك تعديلات كثيرة على نظام الطلاق في التشريع الفرنسي فقد الغى في عام ١٨١٦ ثم اعيد عام ١٨٨٤ ثم عدل عام ١٨٨٦ [١] .

والتشريع المعمول به حالياً هو الصادر في ١٢ ابريل ١٩٤٥ من المواد ٢٢٩ ـ ٣٣١ ، حيث اجاز الطلاق في الحالات التالية :

١) زنا احد الزوجين .

٢) الحكم بعقوبة بدنية شائنه .

---

(١) الاحوال الشخصية لغير المسلمين . الدكتور جميل الشرقاوي ص ٢٧٧ .

٣) اذا أساء احد الزوجين لزوجه اساءة بالغة او اهانه اهانة جسيمة مما يتعذر به استمرار الحياة الزوجية المشتركة .

. . .

انكلترا : لم تعرف انكلترا الطلاق قبل عام ١٨٥٧ حيث صدر اول قانون اباح فيه لاحد الزوجين ان يطلب الطلاق من القاضي في حال الزنا اي ان السبب الوحيد كان في هذا القانون هو الزنا بحيث لاتفريق بغيره . وهذا يوافق ماجاء في انجيل متى وما هو معروف في المذهب البروتستانتي . والى جانب الطلاق كان نظام الانفصال الجسماني سائداً بحيث يجوز لاي من الزوجين ان يطلب الانفصال لاسباب محددة في القانون ايضاً ومنها الزنا .

وفي عام ١٩٣٧ صدر اول قانون في انجلترا يبيح الطلاق بشكل واسع ويخرج فيه على تقاليد الكنيسة والمذهب البروتستانتي فقد جاء فيه من اسباب التطليق :

(١) زنا احد الزوجين (٢) الهجر لمدة ثلاث سنوات (٣) ارتكاب بعض الجرائم المخالفة للاداب (٤) المرض العقلي اذا استمر خمس سنوات .

وفي عام ١٩٥٠ صدر قانون نظم دعاوي الزواج ولم يطرأ تعديل جوهري على اساليب الطلاق. ولهذا بقيت الاسباب التي جاءت في قانون ١٩٣٧ معمولاً بها حتى الآن [١] .

القانون اليوناني :

لم يكن الطلاق في اليونان قبل ١٨٢١ خاضعاً لحكم القضاء بل كان يجوز لاي من الزوجين ان يطلق الاخر بارادته المنفرده وذلك طبقاً لقوانين جوستينيان.

وفي عام ١٩٢٠ صدر قانون للطلاق استمد معظم قواعده من القانون الالماني وبقي معمولا به حتى عام ١٩٤٦ حيث صدر القانون الحالي وفيه حدد المشرع اسباب الطلاق [٢]:

---

(١) القانون الدولي والملي الخاص . المستر فريدريك كودني ص ٢٢٥ .

(٢) الاحوال الشخصية للاجانب والمصريين كامل عثمان ص ٢٨٠ .

١) الزنا ٢) جريمة تعدد الزوجات ٣) الاعتداء على الحياة ٤) الهجر المتعمد ٥) تصدع الحياة الزوجية ٦) المرض العقلي ٧) المرض بالبرص ٨) الغيبه [١].

القانون الالماني :

تطور التشريع الالماني في نظام الطلاق على ثلاث مراحل .

١ – **قانون عام ١٩٠٠** كان يبيح التطليق للاسباب الاتية :

أ – الزنا او جريمة اللواط الا اذا كان بموافقة الطرف الآخر .

ب – محاولة الاعتداء على الحياة .

ج – الهجر المتعمد .

٢ – **قانون عام ١٩٣٨** ـ الغى بعض الاسباب التي جاءت في قانون ١٩٠٠ ووضع اسبابا مرنة جديدة توسع فيها وأهم ما جاء فيه :

أ – الاخلال بالتزامات الزوجية .

ب – تصدع الحياة الزوجية تصدعا خطيرا .

ج – الجنون .

د – المرض المعدي او المنفر .

ه – عقم الزوج .

و – هجر احد الزوجين منزل الزوجية لمدة ثلاث سنوات .

ز – الامتناع عن انجاب الاطفال .

٣ – **قانون ١٩٤٦** : لا يزال ساري المفعول فقد حصر اسباب الطلاق من المادة ٤٤ ـ ٤٨ والغى سببين من القانون السابق :

(١) الامتناع عن انجاب الاطفال . (٢) العقم . وابقى بقية الاسباب كما هي دون تعديل .

---

(١) التقنين المدني اليوناني ، جورج رويلوس ، ص ١٤٩ .

القانون السوفييتي .

كانت القواعد المتبعة قبل ثورة ١٩١٧ في نظام الطلاق قواعد دينية فقد كان المسلمون واليهود والبروتستانت كل منهم يخضع في الزواج والطلاق الى احكام شريعته رغم ان مذهب الدولة كان آنذاك المذهب الارثوذكسي .

وعقب نجاح الثورة الشيوعية صدر في ١٨ ديسمبر ١٩١٧ مرسوم الغى الانظمة الدينية فأصبح الزواج عقداً مدنيا تسري احكامه على جميع المواطنين دون تفرقة واباح لكل من الزوجين حق طلب الطلاق دون تحديد للاسباب .

وفي عام ١٩١٨ صدر قانون آخر اكد فيه الصفة المدنية للزواج والطلاق الا أنه اعترف بالصفة القدسية لعقد الزواج فلم يمنع رجال الدين من عقد الزواج ولكن دون ان يحدث ذلك العقد اثراً قانونياً فكان من السهل جدا أن يسجل هذا العقد بالشكل المدني بعد وقوعه حسب النظام الديني وبذلك يستوفي الصفتين الدينية والمدنية[1] .

واما نظام الطلاق في هذا القانون فقد كان ثورة تشريعية جريئة حيث اباح لكل من الزوجين حق الطلاق بإرادته المنفردة على ان يتم امام القضاء دون اي رقابة من المحكمة على ذلك .

وفي عام ١٩٢٦ صدر قانون اباح فيه الزواج دون اتخاذ اي اجراء ديني او مدني وذلك كما لو تعاشر رجل وامراة مدة من الزمن اعتبر ذلك زواجاً ويسمى الزواج الفعلي ، وكان من الطبيعي ان يتبع ذلك الطلاق الفعلي وذلك كما لو تفرق الزوجان مدة من الزمن فيعتبر ذلك طلاقا .

وفي عام ١٩٤٤ صدر قانون الغى فيه الزواج الفعلي ونص على انه لا يجوز الطلاق الا بحكم القضاء فلم يعد يجوز الطلاق بارادة احد الزوجين .

غير انه يلاحظ ان هذا القانون وان اشترط صدور حكم بالطلاق الا انه لم يحدد الأسباب التي تبرر طلب التطليق بل ترك ذلك لتقدير القضاة .

---

(١) الاحوال الشخصية للاجانب في مصر ، جميل خانكي ص ١٦١ .

وقد اباح القانون الطلاق باتفاق الزوجين على ان يكون امام القضاء. ولا يزال هذا القانون معمولا به حتى الان .

القانون الايطالي

ايطاليا احدى الدول الثلاث التي لاتعرف نظام الطلاق في قانونها الحاضر نظراً لتغلب الكنيسة على القانون الروماني بعد صراع عنيف انتهى بانتصار نظام عدم قابلية الزواج للانحلال إلا بالموت .

غير ان ايطاليا حين طبقت مجموعة نابليون في القانون المدني اباحت الطلاق حيث اصبح الزواج نظاماً مدنياً رغم معارضة الكنيسه .

وفي عهد موسوليني عقدت الحكومة الايطالية مع البابا معاهدة لاتران وطبقاً لهذه المعاهدة اصبح الزواج الديني وفقاً للمذهب الكاثوليكي صحيحاً على ان يتم تسجيله في السجلات المدنية .

وهكذا وجد نوعان من الزواج : ديني يتم في الكنائس ومدني حسب القانون الوضعي .

وفي جميع صور الزواج لايجوز الطلاق بل يباح الانفصال الجسماني بين الزوجين بحكم قضائي لاسباب محددة في القانون مع بقاء الرابطة الزوجية .

ويلاحظ انه حين ناقشت الجمعية التأسيسية وضع الدستور الايطالي عام ١٩٤٨ ، قامت مناقشات عنيفة حول اباحة الطلاق ومنعه فقد طالب عدد كبير من الاعضاء باباحة الطلاق ولكن لم تثمر تلك الجهود نظرا لضغط الكنيسة هناك .

ويقول استاذنا الدكتور جميل الشرقاوي . « ورغم ان هذا الرفض ليس له مدلول قانوني الا انه يدل على وجود تيارات شعبية في ايطاليا لا ترضى عن التحريم المطلق للطلاق ، والواقع ان الفقهاء الايطاليين يحسون بضرورة اباحة الطلاق في بعض الاحوال التي يبدو فيها ذلك ضروريا »(١) .

---

(١) مذكرات الدكتور جميل الشرقاوي في انحلال الزواج في التشريعات الاوربية ص ٨٦ .

ت — الطلاق في القوانين العربية

لمحة موجزه عن قوانين الاحوال الشخصيه في البلاد العربيه :

لما ضعف نفوذ دولة بني العباس بين المسلمين بدأت الدعوات الشيعيه تنتشر في البلاد العربية فنشأت دولة الفاطميين التي قامت بنشر المذهب الامامي في مصر وامتد الى الهند وايران والعراق وسوريا . الى ان اتى صلاح الدين الايوبي فجعل المذهب الشافعي هو المذهب الرسمي في مصر ، واستعاد المذهب الحنفي قوته في بقية البلاد العربية وخاصة في العراق .

ولما تولى الظاهر بيبرس الحكم جعل على القضاء اربعة قضاة من المذاهب الاربعة واستمر الأمر كذلك حتى جاء الاتراك فجعلوا للمذهب الحنفي المكان الاول في سائر البلاد العربية .

ولم يكن طيلة هذه العصور يوجد قانون مدون يرجع اليه القضاء اللهم الا ماجاء في بطون المؤلفات الفقهية في مختلف المذاهب .

واول محاولة[1] ، قامت بها تركيا حين وضعت قانوناً للاحوال الشخصية سمته قانون حقوق العائلة وذلك في عام ١٣٣٦ ه و ١٩١٧ م[2] . ويشمل هذا

---

(١) وكان قد سبق ذلك تدوين مجلة الاحكام العدلية في المعاملات .

(٢) اما بعد اعلان الجمهورية التركية اثر الحرب العالمية الاولى وبعد ان اعلنت الحكومات العسكرية علمانية الدولة التركية وتخليها عن ماضيها وتاريخها فقد استبدلت جميع القوانين والتشريعات الاسلامية السابقة بقوانين اجنبية .

فالطلاق الآن في تركيا يخضع لحكم القاضي ويجوز في الحالات التالية :

المادة ١٣٠ في حالة اعتداء احد الزوجين على الآخر أو اساءة معاملته اساءة بالغة . او اذا ارتكب احدهما جرماً مخالفاً للآداب .

المادة ١٣٢ : كما يجوز في حال هجر احد الزوجين للآخر او اخلال احدهما بالواجبات الزوجية .

المادة ١٣٤ : اذا تعذر اتفاق الزوجين وتنافرت طباعها .

المادة ١٣٥ : اذا اصيب احد الزوجين بمرض عقلي وتعذر شفاؤه بعد اصابته به .

القانون احكام الزواج والطلاق للمسلمين والمسيحيين واليهود .

ولقد نص هذا القانون في المادة ١٥٦ على الغاء حق الرؤساء الروحيين بفصل المنازعات بين طوائفهم[١] وبعد مضى سنتين تقريباً سقطت الدولة العثمانية فاصدرت حكومة الملك فيصل في كانون الثاني ١٩١٩ اول قانون اعادت فيه الصلاحيات للرؤساء الدينيين. ثم تبع ذلك قرار حاكم لبنان رقم ١٠٠٣ في ١٧ كانون اول ١٩٢١ القى فيه المادة ١٥٦ السابقة .

ولما جاء صك الانتداب الفرنسي في ٢٤ تموز ١٩٢٢ نص صراحة في المادة السادسة على وجوب احترام انظمة الاحوال الشخصية والمصالح الدينية لمختلف الطوائف .

وبناء على ذلك فقد انشئت محاكم مذهبية في بلاد العلويين في ١٩ ايلول ١٩٢٢ ومحاكم درزية في ٢٥ ايار سنة ١٩٢٩ .

واخيراً صدر في لبنان قانون ٢ نيسان ١٩٥١ المتعلق باختصاص المحاكم المذهبية لغير المسلمين وفرض على هذه الطوائف ان تقدم للحكومة قانون احوالها الشخصية وقانون اصول المحاكمات لدى محاكمها الروحية في مدة سنة من تاريخ وضع هذا القانون وقد قدمت اكثر الطوائف قوانينها الى الحكومة فكلفت الحكومة اللبنانية احد مستشاريها لدراسة هذه القوانين فقام المستشار الاستاذ جورج السيوفي بوضع تقرير واف عن هذه القوانين . ولكن لم يصدر حتى الان اي قانون منها[٢] .

ولا يزال قانون حقوق العائلة بالنسبة للمسلمين معمولاً به في لبنان وهو مستمد من مذهب ابي حنيفة بصورة عامة وفيه بعض المواد من المذاهب الاخرى التي اقتضتها الضرورات العملية كالتفريق للعيوب والامراض والتفريق للشقاق والضرر والتفريق بين الغائب وزوجته اذا مضى على غيبته اربع سنوات .

---

(١) مذكرات في الاحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور فؤاد شباط ص ١٧

(٢) انور الخطيب « الزواج في الشرع الاسلامي والقوانين اللبنانية » ص ١١ .

ثم بدأت البلاد العربية بوضع تقنينات لها مستوحية ذلك من المذاهب الفقهية المختلفة دون التقيد بمذهب معين رفعا للحرج وتمشياً مع المصلحة الزمنية[1] .

مصر : لما دخلت مصر في ظل الحكم العثماني ساد المذهب الحنفي ولم يكن هناك من قانون مدون في شؤون الاسرة .

وقد وضع قدري باشا مجموعة مؤلفة من ٦٤٧ مادة تناولت فيه احكام الاسرة وكانت مرجعاً للقضاة دون ان يكون لها صفة رسمية .

والمجموعة مأخوذة من المذهب الحنفي وكانت اول محاولة لوضع قانون ، للاسرة في مصر في عهد السلطان حسين كامل حين كلف وزير العدل (الحقانيه) بتشكيل لجنة لهذا الغرض - فألفت اللجنة وكان العلامة الكبير فضيلة الشيخ احمد ابراهيم احد اعضائها فوضعت مشروع قانون في الزواج والطلاق وطبع هذا المشروع عام ١٩١٦ ووزعت منه نسخ على القضاة والمحامين وكبار العلماء لنقده وبيان الرأي فيه .

وعلى ضوء التقارير التي وردت الى وزارة العدل اجتمعت اللجنة المكلفه

---

(١) يلاحظ ان التمسك بمذهب معين قد يؤدي الى بعض الصعوبات في احكام الاحوال الشخصية في عصرنا الحاضر - فاندونيسيا مثلا تدين بالمذهب الشافعي ولكن هناك حالات تقتضي المصلحة التطليق فيها بحكم القاضي ولا تجوز في المذهب الشافعي ولهذا تمسكاً منهم بمذهبهم فقد لجأوا الى تعليق الطلاق عند عقد النكاح على عدة حالات ونص قانونهم : على الزوج ان يقبل امام القاضي او نائبه بعد الايجاب والقبول في النكاح في نفس المجلس ماهو مدون من الشروط على ضرورة النكاح وهو مايأتي :

١) اذا غبت عن امرأتي ستة اشهر متوالية ٢) او لم اقم بواجبي في النفقة لها في مدة ثلاثة أشهر متوالية ٣) او اذيت امرأتي بالضرر ٤) اولم امسها في مدة ثلاثة أشهر ولم ترض امرأتي ذلك . ورفعته الى المحكمة فصدقه القاضي . وقعت تطليقه على امرأتي . فاذا اعتبرنا هذا من قبيل التعليق في الطلاق كان جارياً على ماجاء في المذهب الشافعي من جواز الطلاق على الشرط واما اذا اعتبرناه تمليكا للقاضي في حق الطلاق لاحوال خاصة فليس مما جاء في المذهب الشافعي . بل هو من المذهب المالكي لان القاضي في المذهب الشافعي لايملك الطلاق بل يملك الفسخ - محمد عيسى سارول . الطلاق في اندونسيا ص ١٥٥ .

بوضع مشروع القانون مرة ثانية وادخلت عليه بعض التعديل وطبع ثانية عام ١٩١٧ دون ان يوزع منه في هذه المرة على الناس .

ثم نام المشروع الى ان ظهر قانون رقم ٢٤ لعام ١٩٢٠ مؤلفاً من احدى عشر مادة ، اهم ما جاء فيه التطليق للاعسار والعيوب والغيبة ، وضعته لجنة شكلت من شيخ الازهر وشيخ المالكيه ورئيس المحكمة العليا الشرعيه ومفتي الديار المصرية . ونائب السادة المالكيه وغيرهم من العلماء وقد اقتبست اكثر هذه المواد من المشروع السابق الذي قدم للوزارة عام ١٩١٧ .

ولما كان في قانون رقم ٢٤ لعام ١٩٢٠ خروجاً عن المذهب الحنفي الى غيره من المذاهب الاربعة فقد ساعد هذا على المطالبه بوضع قانون كامل للاحوال الشخصية يتناول شئون الاسرة دون التقيد بمذهب معين .

وبالفعل فقد الفت وزارة العدل لجنة في ٢٥ اكتوبر ١٩٢٦ لهـذا الغرض فوضعت مشروع قانون نصت فيه على عدم وقوع طلاق المكره والسكران . بل تجاوزت فيه المذاهب الاربعه الى الاجتهاد المطلق حين نصت على عدم جواز الطلاق الا بأذن من القاضي تحت طائلة العقوبة لا البطلان [١] .

وقد قوبل هذا المشروع بما لم يقابل غيره من موجة استياء حمل لواءها استاذنا فضيلة الشيخ محمد ابو زهرة في بحث قيم كتبه في مجلة القانون والاقتصاد يقع في نحو ستين صفحه انتقد فيها ما يتعلق بتعدد الزوجات وتقييد الطلاق [٢] .

ومن الذين اطلعت على ارائهم في هذا المشروع فضيلة العلامة الشيخ احمد ابراهيم تغمده الله برحمته فقد كتب في مجلة كلية الحقوق [٣] ـ مقالاً تناول فيه

---

(١) ونص المادة : لا يجوز لمتزوج ان يطلق زوجته ، ولا لمأذون ان يباشر اشهاد طلاق الا بأذن من القاضي الشرعي الذي في دائرة اختصاصه مكان الزوج ، فان حصل الطلاق بدون اذن ترتب عليه اثاره الشرعية وعوقب الزوج بالحبس مدة لاتزيد عن ثلاثة اشهر ، او بغرامة لاتتجاوز عشرة الاف قرش اوبهما معا .

(٢) مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٥ ص ١٢٥-١٨٥

(٣) مجلة كلية الحقوق س٢ع٢ص٣.

نقد المشروع مادة مادة وقد لاحظت انه كان يميل الى الموافقة على اكثر ما جاء فيه .

وكان النصر لاصحاب الرأي الاول الذين عارضوا المشروع. واخيراً صدر قانون رقم ٢٥ لعام ١٩٢٩[1] ، في ٢٥ مادة تناول بعض المسائل في الزواج والطلاق واهم ماجاء فيه :

عدم وقوع طلاق السكران والمكره والطلاق الثلاث لايقع الا واحدة والتفريق للشقاق والضرر والتفريق لغيبة الزوج او حبسه .

ويمكن القول بأن هذه القوانين لم تخرج عن المذاهب الاربعة الا فيمايتعلق بالطلاق الثلاث . وفي هذا يقول فضيلة الشيخ احمد ابراهيم :-

ومع وضوح الامر وجلائه عدلت وزارة الحقانية عن الاخذبغير المذاهب الاربعة مراعية في ذلك الحالة النفسية والعقلية للامة . وانا على غير هذا الرأي اذا الطبيب الحازم لاينبغي ان يزعجة تململ المريض من الدواء الذي فيه شفاؤه.

• • •

سوريا : كانت سوريا من ضمن البلاد العربية التي طبقت قانون حقوق العائلة العثماني والذي كان مستمداً معظمه من المذهب الحنفي .

ومراعاة للمصلحة وتطور الزمن فقد وجدت الحاجة الملحة الى وضع قانون للاحوال الشخصية مستمد من جميع المذاهب والآراء الفقهية .

ولهذا فقد شكلت وزارة العدل السورية في ١٩٥١/١٢/٢٦ لجنة من القضاة الشرعيين واساتذة الحقوق لوضع مشروع قانون للاحوال الشخصية وقدقدمت اللجنة مشروع القانون المذكور دون ان تتقيد بالمذهب الحنفي او اي مذهب

---

(١) ثم صدر بعد ذلك قانون الميراث رقم ٧٧ سنة ١٩٤٣ وقانون الوقف رقم٤٨ سنة وقد الغى الوقف الاهلي بالقانون رقم ١٨٠ سنة ١٩٥٢.

معين بل اقتبست من جميع المذاهب والآراء ماهو اقرب المصلحة [1] .

ولم يظهر هذا المشروع الوجود الا في ١٩٥٣/٦/١٧ حيث اصبح قانوناً معمولاً به ولايزال حتى الآن .

والشيء المستحدث في القانون السوري في رأيي هو ماجاء في المادة ١١٧ « اذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي ان الزوج متعسف في طلاقها دون ماسبب معقول وان الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقه ، جاز للقاضي ان يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لايتجاوز نفقة سنة لامثالها فوق نفقه العدة ، وللقاضي ان يجعل دفع هذا التعويض جملة او شهرياً بحسب مقتضى الحال .

وسأبين وجهة نظري عند بحث هذا الموضوع - واما بقية المواد فتعتمد على المذاهب الأربعة في معظمها .

هذه الخطوة الجريئة من عدم التقيد بمذهب معين ومحاولة الاجتهاد في بعض المسائل لم تلق قبولاً عند بعض العلماء في سوريا وقد تقدم بعضهم بردود علمية ناقش فيها بعض المواد .

وقد اطلعت على رد فضلة الاستاذ الشيخ جميل الشطي مفتي الحنابلة في دمشق وهو رد علمي قال فيه : ان حصر العمل في مذهب معين فيه ضيق وحرج على الأمة . فاللجوء الى المذاهب المعروفة ضرورة تقتضيها المصلحة - انما ماخرج فيه القانون على المذاهب فهذا مايحتاج الى تعديل .

وقد رد فضيلة استاذنا الشيخ مصطفى الزرقا - أحد اعضاء اللجنة التي وضعت القانون - على هذه الآراء وبين وجهة نظر واضعي القانون في مقال له نشرته جريدة العلم الدمشقية في عددها ٢١٨٦ المؤرخ في ١٨ ذي القعدة ١٣٧٣ ومما قال في رده : ان القانون لم يقتصر على مذهب معين بل لم يتقيد بالمذاهب الاربعة

---

(١) شرح قانون الاحوال الشخصية السوري للدكتور السباعي ص ٨ .

كلها فقد استمد منها ومن غيرها من مذاهب الأئمة المجتهدين ومن مذاهب الصحابة والتابعين وفي بعض المسائل القانونية احكاماً مصلحية جديدة اقتضتها دواعي الزمن وأحواله استناداً لقاعدة المصالح المرسلة ، ومبدأ تفسير الاحكام بتغير الأزمان .

ولايزال العمل في هذا القانون حتى يومنا هذا .

العراق : في العراق يطبق المذهب الجعفري الى جانب المذهب السني في قضاء الاحوال الشخصية المسلمين ، وذلك بالرجوع الى المؤلفات الفقهية القديمة حيث لايوجد قانون مدون الى عهد قريب .

وقد شكلت وزارة العدل العراقية في عام ١٩٤٥ لجنة لوضع مشروع قانون للاحوال الشخصية فوضعت ذلك وسمي « لائحة الأحوال الشخصية » وتضمنت اللائحة احكام المذهبين السني والجعفري في أهم المسائل للأحوال الشخصية ولكن المشروع لم يظهر للوجود بشكل قانوني ، وبقي المرجع للقضاة ماألفوه من قبل وهو المؤلفات القديمة [١] .

وللجعفرية مجموعة الأحوال الشخصية تعتبر من المراجع لديهم دون أن يكون لها صفة رسمية وهي تكاد تكون كاملة وتسمى الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية [٢] .

ولما قامت الثورة الاخيره في العراق واعلنت الجمهورية ظهر قانون للأحوال الشخصية في كانون الاول ١٩٥٩ جمع بين دفتيه أهم المسائل في جميع المذاهب الفقهية وقد اعتمد على قوانين البلاد العربية في هذا الموضوع وعلى أحكام القضاء الشرعي في البلاد [٣] .

---

(٢) مقدمة الاحوال الشخصية تأليف حسين الاعظمي .

(٢) الاحكام الجعفرية تأليف محمد رضا .

(٣) ولايفوتنا ونحن نتكلم عن هذا القانون الا ان نشير مع مزيد الاسف الشديد الى=

والجديد في الطلاق ماجاء في المادة التاسعة والثلاثون : على من أراد الطلاق أن يقيم الدعوى في المحكمة الشرعيـة يطلب ايقاعه واستحصال حكم به . فاذا تعـذر عليه مراجعة المحكمة وجب عليه تسجيل الطلاق في المحكمة خلال مدة العدة .

وقد يتوهم بادىء ذي بدء ان الطلاق لايقع الا بحـكم من المحكمة ان لم يتعذر على الرجل مراجعة المحكمة لأن نص هذه المادة غير واضح تماماً .

غير أني وجدت المادة الرابعة والثلاثين توضح ذلك : الطلاق رفع قيـد الزواج بايقاع من الزوج او وكيله او من الزوجة ان وكلت به او فوضت او من القاضي . وبهذا زال اللبس في فهم المادة السابقة .

. . .

تونس :

المذهب السائد في الشمال الافريقي هو المذهب المالـكي ومع هـذا فقد صدرت التشريعات الحديثة دون التقيد بمذهب معين .

وفي تونس صدرت مجلة الاحوال الشخصية في اكتوبر ١٩٥٦ تشمـل أحكام الزواج والطلاق والميراث .

= ماتضمنه قانون المواريث من مساواة الانثى مع الذكر في الميراث مخالفاً في هذا نص القرآن الكريم الصريح الذي لايحتمل التأويل : والذكر مثل حظ الانثيين . ولا أريد ان اتعرض لحكمة الشارع في جعل حق الذكر ضعف حق الانثى ولكن حسبي أن أذكر أن للمرأة حقوق النفقة والمهر التي ليست للرجل . ثم أن كفالة المرأة بما تحتاج اليه على أبيها واخيها او ابنها أو أي ولي آخر ونفقة الزوجة على زوجها ولانفقة للزوج على زوجته ولو كان معسراً اوفقيراً وهي غنية .

راجع : الحجاب في الاسلام للاستاذ ابو الاعلى المودودي ص ٢٩٥ .

وقد نصت المجلة في الفصل الثالث على ان الاسرائيليين يعودون في امورهم فيما يتعلق بشؤون الأسرة الى احكام ديانتهم والى مجالس الاحبار .

ومما انفرد به هذا القانون عن بقية قوانين البلاد العربية انه جعل الطلاق لا يصح الا بحكم القاضي فقد جاء في الفصل ٣٠ : لا يقع الطلاق الا لدى المحكمة.

وفي الفصل ٣١ : يحكم بالطلاق :

١ - بناء على طلب الزوج او الزوجة للأسباب المبينة بفصول هاته المجلة .

٢ - بتراضي الزوجين .

٣ - او عند رغبة الزوج انشاء الطلاق او مطالبة الزوجة به . وفي هاته الصورة يقرر الحاكم ما تتمتع به الزوجة من الغرامات المالية لتعويض الضرر الحاصل لها او ما تدفعه هي للزوج من التعويضات .

والذي فهمته من هذه النصوص أن الطلاق لا يقع الا لدى المحكمة ، ويحكم به بناء على طلب احد الزوجين لاسباب معينة او بتراضي الزوجين .

وكذلك لدى اليهود يجوز في الحالتين الطلاق لدى طائفة القرائين كما سبق القول وذكرنا . اما الحالة الثالثة فيبدو لي انه لا يجوز للزوج انشاء الطلاق برغبته دون ان يكون له مبرر او سبب مما نص عليه القانون كما لا يجوز للزوجة ان تطلب الطلاق لذلك اي بدون سبب الا اذا رضي احدهما بتعويض الآخر حسب ما يقرره القاضي .

وهذه الحالة الثالثة تطبق على المسلمين فقط لان الطلاق لدى طائفة الربانيين من اليهود يجوز بارادة الرجل المنفردة دون بيان الاسباب الداعية الى ذلك . وبهذا يكون القانون التونسي حظر الطلاق على المسلمين الا بحكم القاضي ولأسباب معينة مخالفاً في هذا جميع المذاهب والنصوص الصريحة التي لا تحتمل التأويل

وابقى لليهود حق الطلاق كما جاء في شرائعهم دون اي حظر[1].

. . .

المغرب العربي :

وفي المغرب العربي ايضاً يسود المذهب المالكي وقد صدرت مدونة الاحوال الشخصية في يناير عام ١٩٥٨ ، والقانون معظمه من المذهب المالكي وقد أخذ من بقية المذاهب الفقهية فهو يقوم على الانتقاء دون التقيد بمذهب معين.

ومع هذا فقد نص الفصل الاخير (٨٢) كل ما لم يشمله هذا القانون يرجع فيه الى الراجح او المشهور او ماجرى به العمل من مذهب الامام مالك.

واهم ما جاء في هذا القانون في الطلاق .

الفصل ٤٧ – اذا وقع الطلاق والمرأة حائض اجبر القاضي الزوج على الرجعة.

الفصل ٤٨ – يجب تسجيل الطلاق لدى شاهدين عدلين منتصبين للاشهاد .

الفصل ٥٢ – الطلاق المعلق على فعل شيء او تركه لا يقع .

الاردن :

كان قانون حقوق العائلة العثماني هو المطبق في المملكة الاردنية

---

(١) ومن الغريب حقاً ان رئيس هذه الدولة الذي اصدر هذا القانون الذي يمنع فيه الزوج من الطلاق الا بحكم من القاضي لاسباب معينة نص عليها ، هذا الرئيس قد طلق زوجته بدون بيان اي سبب فضلا عن استقلاله بايقاع الطلاق دون الرجوع الى القاضي .

جاء في المصور ١٩٦١/١٠/١٢ : قالت وكالات الانباء ان السيد الحبيب بورقيبة رئيس جمهورية تونس قد طلق زوجته الفرنسية . وقالت الوكالات ايضاً انه لاينتظر ان يصدر ديوان الجمهورية التونسية بياناً رسمياً عن هذا الطلاق لانه يتعلق بحياة السيد بورقيبة الخاصة.

وهذا دليل على ان الطلاق لم يكن بحكم القاضي ولالسبب نص عليه القانون .

الى عام ١٩٥١ حيث صدر قانون جديد سمي بهذا الاسم (قانون حقوق العائلة) ونشر في العدد ١٠٨١ من الجريدة الرسمية بتاريخ ١٦/٨/١٩٥١ [١].

ومعظم القانون من المذهب الحنفي الا فيما يتعلق بتفريق القاضي فانه اعتمد على المذهب المالكي وغيره من المذاهب .

وقد تضمن هذا القانون جميع الاصلاحات والتعلايلات التي جاءت في سائر قوانين البلاد العربية مما لم يخرج فيه على المذاهب والآراء الفقهية المعروفة .



---

(١) الاسرة والمرأة . الدكتور صلاح الدين الناهي ص ٩٨

الباب الأول

مشروعية الطلاق وانواعه

وهو يتضمن :

الفصل الأول : حقيقة الطلاق

الفصل الثاني : الأصل في الطلاق الحظر ام الاباحة

الفصل الثالث : انواع الطلاق

الفصل الأول

حقيقه الطلاق

المبحث الاول

الطلاق والفرق بينه وبين الفسخ

تعريف الطلاق :

الطلاق لغة : الترك والمفارقة ، يقال طلقت القوم أي تركتهم وتقول أطلقت الأسير والسجين ، وأطلقت الرأي بمعنى انك أبحت له ان يبدي من أرائه ما يشاء .

وقد غلب العرف على ان لفظ الطلاق يستعمل في رفع القيد المعنوي ولفظ الاطلاق يستعمل في رفع القيد الحسي فيقال طلق الرجل زوجته فهي طالق ويندر أن يقال : سجين طالق كما يندر ان يقال امرأة مطلقة .

وفي اصطلاح الفقهاء :

تعريف الاحناف : في اللباب [1] ـ الطلاق : رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص ،

---

(١) اللباب علي القدوري ٢/٣٠.

تعريف المالكية : في مواهب الجليل [1] ـ الطلاق : صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته .

تعريف الحنابلة : في الاقناع [2] ـ الطلاق : حل قيد النكاح او بعضه .

تعريف الشافعية : في مغني المحتاج [3] ـ الطلاق : حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه .

تعريف الامامية : في جواهر الكلام [4] ـ الطلاق : ازالة قيد النكاح بصيغة طالق وشبهها .

تعريف الزيدية : في منتزع المختار [5] ـ الطلاق : قول مخصوص او ما في معناه يرتفع به النكاح او ينثلم .

* * *

التعريف الذي نضعه للطلاق :

الطلاق : هو الصيغة الدالة على انهاء الحياة الزوجية في الحال او المآل الصادرة من اهله في محله قاصدا لمعناه امام شهود .

وهذا التعريف راعينا في وضعه تضييق نطاق الطلاق كما شرع في القرآن والسنة وسنعود الى شرح هذا التعريف بعد قليل .

الفسخ :

وانهاء الحياة الزوجية كما يكون بالطلاق يكون بالفسخ . وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء انما الخلاف بينهم فيما يتناوله كل من الفسخ او الطلاق من

---

(١) مواهب الجليل ٤/١٨ .
(٢) الاقناع ١٨٤/٥
(٣) مغني المحتاج ٢٧٩/٣
(٤) جواهر الكلام ٥/٢٧١
(٥) المنتزع المختار ٣٨١/٢.

فرق الزواج مما يعد فسخا في بعض المذاهب قد يعد طلاقا في مذاهب اخرى وهكذا .

أهم الفروق بين الطلاق والفسخ :

١) الطلاق يعتبر انهاء لعقد الزواج اما الفسخ فقد يكون نقضا لعقد الزواج لخلل رافق نشوئه، او عارض طرأ على الزواج فمنع بقاءه بعد ان نشأ صحيحا، او حادث اصاب احد الزوجين فأعطى للآخر حق طلب الفسخ .

٢) الطلاق يكون بائنا لا رجعة فيه ورجعيا يجوز للزوج مراجعة زوجته ما دامت في العدة . اما الفسخ فهو فرقة بائنة لا رجعة فيها .

٣) الفرقة التي تعد طلاقا تنقص من عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج. اما الفسخ فلا يعتبر من الطلقات الثلاث اي لا ينقص العدد .

٤) ان الطلاق لا يكون الا في نكاح صحيح ، اما الفسخ فقد يكون في نكاح صحيح أو غير صحيح .

ضابط ما يعتبر طلاقا وما يعتبر فسخا :

الاحناف: ذهب الاحناف الى ان كل فرقة من جانب الزوج، ولا يمكن ان تقوم من قبل المرأة فهي طلاق كالفرقة بسبب الايلاء . وكل فرقة من قبل الزوجة ولا يمكن ان تكون من قبل الزوج فهي فسخ كالفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج لها .

اما اذا كانت الفرقة لسبب يمكن ان يقوم في كل من الزوجين كردة احدهما او اباء الزوج الاسلام ففيه تفصيل :

فردة الزوجة فسخ بالاتفاق بين أبي حنيفة وصاحبيه ، أما ردة الزوج فهي فسخ عند أبي حنيفة وأبي يوسف وطلاق عند محمد . وأما اباء الزوج الاسلام ، فطلاق عند ابي حنيفة ومحمد وفسخ عند أبي يوسف .

وعلى هذا فأبو يوسف يرى ان الفرقة بسبب ردة الزوج او اباثه الاسلام فسخ ومحمد يراها طلاقاً . أما ابو حنيفة فيرى الفرقة بسبب الردة فسخاً وبسبب اباء الاسلام طلاقاً [1] .

وأهم الفرق التي تعد طلاقا عند الاحناف [2] :

(١) تطليق الزوج .

(٢) الايلاء .

(٣) الخلع .

(٤) اللعان .

(٥) التفريق لعيب جنسي في الزوج .

(٦) التفريق لاباء الزوج الاسلام .

وأهم الفرق التي تعد فسخا عندهم :

(١) التفريق لردة أحد الزوجين .

(٢) التفريق لفساد الزواج .

(٣) التفريق لعدم كفاءة الزوج .

ومايتوقف على القضاء من فرق الطلاق :

(١) اللعان .

(٢) التفريق بسبب عيب في الزوج .

(٣) اباء الزوج الاسلام .

وما يتوقف على القضاء من فرق الفسخ :

(١) التفريق بسبب عدم كفاءة الزوج .

(٢) التفريق بسبب اباء الزوج الاسلام عند ابي يوسف .

---

(١) البدائع ٢/٣٣٧ .

(٢) احكام الاسرة عبد الحكيم محمد ١١٤ .

واما مالا يتوقف على القضاء من فرق الطلاق :

(١) طلاق الزوج .

(٢) الطلاق بسبب الايلاء .

(٣) الخلع .

(٤) ردة الزوج عند محمد .

ومن فرق الفسخ ما لا يتوقف على القضاء :

(١) الفرقة بسبب فساد العقد .

(٢) الفرقة بسبب ردة الزوجة .

(٣) الفرقة بسبب ردة الزوج عند أبي حنيفة وأبي يوسف .

• • •

الحنابلة والشافعية : وذهب الحنابلة والشافعية الى ان الفرقة التي تقع بين الزوجين تعتبر طلاقا اذا اوقعها الزوج او نائبه وماعدا ذلك من الفرق فهي فسخ .

ومن فرق الطلاق عندهم :[1]

(١) تطليق الزوج .

(٢) الخلع بين الزوجين وفي قول معتمد عند الحنابلة انه فسخ .

(٣) تطليق القاضي اذا امتنع الزوج عن الطلاق بسبب الايلاء .

ومن فرق الفسخ :

(١) التفريق لعيب في أحد الزوجين .

(٢) التفريق بسبب اعسار الزوج .

(٣) التفريق بسبب اللعان .

(٤) الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين .

---

(١) الفواكه العديدة في فقه الحنابلة ٢/٢٧

(٥) الفرقة بسبب فساد العقد .

(٦) الفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج .

مذهب المالكية :

ذهب المالكية الى ان الفرق بين الفسخ والطلاق هو في السبب الموجب للفرقة فان كان راجعا الى احد الزوجين فهو طلاق اما ان كان غير راجع لاحد الزوجين بحيث لو أرادا الاستمرار على حياتهما الزوجية المشتركة لما جاز لهما ذلك كان هذا فسخا .

جاء في بداية المجتهد [١] — ان الاعتبار في ذلك هو بالسبب الموجب للتفرق فان كان غير راجع الى الزوجين مما لو ارادا الاقامة على الزوجية معه لم يصح كان فسخا مثل نكاح المحرمة بالرضاع او النكاح في العدة ، وان كان يجوز لهما ان يقيما عليه مثل الرد بالعيب كان طلاقا .

ومن الفرق التي تعد طلاقا عند المالكية :

(١) تطليق الزوج .

(٢) الخلع .

(٣) التفريق لعيب في احد الزوجين .

(٤) التفريق لاعسار الزوج عن نفقة زوجته .

(٥) التفريق للضرر .

(٦) الفرقة بسبب الايلاء .

(٧) الفرقة بسبب عدم الكفاءة .

ومن الفرق التي تعد فسخا :

(١) التفريق بسبب اللعان اذ تترتب عليه فرقه مؤبدة .

---

(١) بداية المجتهد ٢/٤٣ .

(٢) التفريق بسبب فساد النكاح .
(٣) التفريق بسبب اباء احد الزوجين الاسلام .

. . .

مذهب الظاهرية :

ذهب الظاهرية الى ان كل فرقة تمت بين الزوجين هي فرقة بطلاق الا في الحالات التالية فتعتبر فسخاً[١] :

(١) اللعان .

(٢) اختلاف الدين الا في حالة اسلام الزوج والزوجة كتابيه .

(٣) الحرمة التي تقع بين الزوجين بالرضاع . ومن الملاحظ ان الظاهرية لايجيزون التفريق بسبب العيوب أو الاعسار عن النفقة أو تفريق الحكمين حين الشقاق والضرر .

❀ ❀

---

(١) المحلى ١٠/١٤٢ .

المبحث الثاني

الاصل في مشروعية الطلاق وحكمة تشريعه

الاصل في مشروعية الطلاق :

١ ـ القرآن الكريم : وردذكر الطلاق في القرآن الكريم في آيات كثيرة ذكر منها قوله تعالى « الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان »[١] .
وقوله تعالى : « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن ... »[٢] .

٢ ـ السنة الكريمة : وكذلك فقد ورد الطلاق في السنة النبوية فعلاً وقولاً فالنبي عليه السلام طلق حفصة بنت عمر ثم راجعها وابن عمر طلق زوجته في الحيض فأمره النبي بمراجعتها ـ والمراجعة هنا لا علاقة لها بمشروعية الطلاق كما سوف نرى ـ وقوله ﷺ أبغض الحلال الى الله الطلاق .

٣ ـ الاجماع : وقد انعقد الاجماع منذ عصر الصحابة والتابعين على مشروعية الطلاق كما جاء في القرآن والسنة .

. . .

حكمة مشروعية الطلاق :

الزواج هو اللبنة الاولى في بناء المجتمع . والمجتمع لا يكون قوياً الا

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٠

(٢) سورة البقرة آية ٢٣١ .

اذا كان اساسه متيناً مترابطاً متماسكا ولهذا قدس الاسلام الزواج فسماه ميثاقاً غليظاً ، ووضع له من القواعد مايضمن فيه بقاءه واستمراره . فجعله مبنياً على الاختيار المطلق دون اكراه لانه عقد رضائي لايتم الا بارادتين وحرم التوقيت فيه لانه عقد ابدي ولتنافيه مع الاستقرار المنشود منه . وليطمئن الزوجان على ان مصيرهما اصبح واحداً لا انفكاك له .

فمن الامور التي يحققها الزواج بين الزوجين السكن والمودة والرحمة .

قال الله تعالى : « ومن آياته أن خلق لكم من انفسكم ازواجاً لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة »[١]. ومن ثمرات الزواج بل من اهدافه الكبرى التناسل وقال تعالى : « المال والبنون زينة الحياة الدنيا[٢] » .

وقال النبي الكريم : ـ تناكحوا تناسلوا .

وقال عليه السلام : ـ تزوجوا الودود الولود فاني مكاثر بكم الامم[٣] .

وقد اوصى الله تعالى كلا من الزوجين ان يعاشر الاخر بالمعروف «وعاشروهن بالمعروف[٤] » « ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف[٥] » .

ولهذا كان من اسس الزواج في الاسلام : الاختيار المطلق حين الزواج ومن اهدافه الكبرى : السكن والمودة والرحمة بين الزوجين ، والتناسل ، والمعاشرة بالمعروف .

ولكن قد تطرأ احياناً على العلاقه الزوجية امور تجعل الحياة بين الزوجين مصدر شقاء وخصام وشقاق . فمن ذلك : ان يتبين للمرء انه قد اخطأ في اختياره شريك حياته فيرى اخلاقاً وطباعاً تخالف اخلاقه وطباعه ولايستطيع ان يتلائم معها .

---

(١) سورة الروم آية ٢١

(٢) سورة الكهف آية ٤٦

(٣) كشف الخفاء ٣٠٤/١

(٤) سورة النساء آية ١٩

(٥) سورة البقرة آية ٢٢٨ .

وقد ترى الزوجة من زوجها قسوة في المعاملة او قد تطلع على مالا يرضيها من سلوكه واخلاقه بحيث لو عرفت ذلك قبل الزواج ما قبلت به زوجاً وشريكاً لحياتها .

وقد لايحقق الزواج غاياته الكبرى فقد يطرأ على القلوب ما يغيرها ويبدلها فتنقلب المودة بغضاً والسكن كراهية والرحمة قسوة .

وقد يجد احدهما صاحبه عقيماً لايرجى منه نسل فقد تكون بعض الزوجات عقيماً مع زوج وولودا مع آخر والزوج كذلك قد يولد له من زوجة ولايولد له من اخرى .

وقد يصاب احدهما بمرض معد او مخوف او منفر مما لايستطاع معه دوام العشرة الزوجية فتصعب او تستحيل المعاشرة بالمعروف التي امر بها القرآن الكريم .

والنتيجة الطبيعية لمثل هذه الامور ان يحل الخصام والشقاق في الحياة الزوجية محل الاستقرار والطمأنينة ويصبح العش الزوجي الذي كان الامل الذي يراود خيال الزوجين بالسعادة والنعيم والهناء ، مصدراً للشقاء والجحيم والنزاع وسبباً لضرر كل من الزوجين . لأن الزوج يلزم بالنفقة والسكنى والزوجة تحبس عن الزواج فلا تستطيع ان تتزوج لانها لاتزال زوجة .

فما العلاج لهذه الحالات الطارئة ؟

جاء الاسلام فأمر الزوجين –حرصاً على عدم انفكاك هذه الوحدة الزوجية– ان يصبر أحدهما على الاخر مااستطاع الى ذلك سبيلا – قال تعالى «وعاشروهن بالمعروف فان كرهتموهن فعسى ان تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً»[1] .

قال الطبري [2] في تفسير في هذه الاية : وعاشروهن بالمعروف فان كرهتموهن: فلعلكم ان تكرهوهن فتمسكوهن، فيجعل الله لكم في امساككم

---

(١) سورة النساء آية ١٩

(٢) تفسير الطبري ١٢٢/٨ .

اياهن على كره منكم لهن خيرا كثيرا من ولد يرزقكم منهن او عطفكم عليهن بعد كراهتكم اياهن .

كما امر الله سبحانه ببعث حكمين من اهـل الزوج والزوجة اذا مـاطرأ الشقاق والنزاع بـين الزوجين ليعملا جهدهمـا بالاصلاح بينهما الى آخر ماوضعه الاسلام من محـاولات سوف نذكرهـا في محلها ليحول دون انفصال هـذين الزوجين اللذين ارتبطا بعقد قدسه الله .

أما اذا لم يجد العلاج وتعذر الشفاء فاستحال انقاذ الحياة الزوجية وعودها الى ما يجب ان تكون عليه فما العمل حينئذ ؟.

امامنا ثلاث حلول[1] :

١) ـ بقاء الحياة الزوجية بهذه الحالة التي وصفنـا بعضها ، ومعنى ذلـك استمرار الشقاق والنزاع بين الزوجين .

٢) . او الانفصـال الجسدي حيث يعيش كل من الزوجين بعيداً عـن الاخر مع بقائه مرتبطاً بعقد الزواج بحيث لايستطيع احدهما ان يتزوج .

٣) ـ او الطلاق .

وقد اختار الاسلام نظام الطلاق حين تضطرب الحياة الزوجية ولم يعد ينفع فيها نصح ولاصلح . وحيث تصبح رابطة الزواج صورة من غير روح لان الاستمرار معناه ان نحكم على احد الزوجين بالسجن المؤبد وهذا ظلم تأباه روح العدالة بل قد يكون وسيلة لارتكاب ماحرم الله من امور في سبيل التخلص من هذا الجحيم الذي لامخرج منه ـ قال الله تعالى « وان يتفرقـا يغن الله كلا من سعته » .

---

(١) الأحوال الشخصية للشيخ محمد ابو زهرة ص ٢٧٧ .

الفصل الثاني

هل الاصل في الطلاق الحظر ام الاباحة :

هل ايقاع الطلاق مباح للزوج ام محظور ؟.

هذه قضية هامة تشغل الرأي العام المهتم في هذا الموضوع لأن اباحة الطلاق أو حظره تتصل بنظام الطلاق من حيث تقييده واطلاقه . فهل للرجل أن يطلق دون حظر طالما ان الشارع اباح له الطلاق ام انه محظور عليه ذلك الا لحاجة يدعو اليها سبب يبيح له الطلاق لاجله .

المبحث الاول

مايعتري الطلاق من احكام

الطلاق من التصرفات الشرعية التي تصدر عن الزوج بارادته المنفردة ، ولكل تصرف حكم شرعي حسب امر الشارع له او النهي عنه .[1] والطلاق

---

(١) راجع اقسام الحكم الشرعي في مباحث الحكم عند الاصوليين للدكتور محمد سلام مدكور ص ٥٨ .

حكم تكليفي تعتريه الاحكام الخمسة من وجوب [1] او اباحة [2] او كراهية [3] او تحريم [4] او ندب [5].

جاء في الشرح الكبير [6] الطلاق على خمسة اضرب : -

١ - واجب : كطلاق المولى بعد التربص اذا ابى الفيئة. وطلاق الحكمين في الشقاق اذا رأيا ذلك.

٢ - مكروه : الطلاق من غير حاجة اليه - وقال القاضي فيه روايتان : احداهما أنه محرم لانه ضرر بنفسه وزوجته واعدام للمصلحة الحاصلة لهما من غير حاجة اليه فكان حراماً كاتلاف المال . ولقوله عليه السلام لاضرر ولاضرار . والثانية انه مباح لقوله عليه السلام : ابغض الحلال الى الله الطلاق .

٣ - مباح : وهو عند الحاجة اليه لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها والتضرر منها من غير حصول الغرض بها .

٤ - مندوب اليه : وهو عند تفريط المرأة في حقوق الله الواجب عليها : او تكون له ، امرأة غير عفيفة .. ويحتمل أن يكون الطلاق في هذين الموضعين واجب .

---

(١) معنى الوجوب اي ما كان الطلب فيه على سبيل الالزام كقوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام .

(٢) الاباحة : ما كان المكلف مخيراً بين فعل شيء وتركه يسمى مباحا كالأكل والشرب وسائر الأفعال المباحة انظر البحث القيم الذي كتبه الدكتور مدكور في مجلة القانون والاقتصاد : الاباحة عند الفقهاء والاصوليين ص ١٤ .

(٣) الكراهة : مايطلب به الكف عن فعل على سبيل الترجيح لا الالزام .

(٤) التحريم : وهو يقابل الواجب وهو مانهى الشارع عنه نهيا على سبيل الالزام . كقوله تعالى : حرمت عليكم امهاتكم .

(٥) الندب : ما كان طلب الشارع فيه على سبيل الترجيح لا الالزام وهو مقابل الكراهة كقوله تعالى: فانكحوا ماطاب لكم من النساء .

(٦) الشرح الكبير ٨/٢٣٤ .

ومن المندوب اليه الطلاق في حال الشقاق وفي الحـال التي تحرج المرأة الى المخالعة لتزيل عنها الضرر .

٥ - المحظور : الطلاق في الحيض او في طهر جامعها فيه .

وجاء في مغني المحتاج [١] ان الطلاق :

١ - واجب : كطلاق المولي وطلاق الحكمين في الشقاق اذا رأياه .

٢ - ومندوب : كطلاق زوجة حالها غير مستقيم كمسيئة الخلق او كانت غير عفيفة .

٣ - ومكروه : كمستقيمة الحال .

٤ - ومباح : طلاق من لا يهواها .

٥ - وحرام : الطلاق البدعي لحصول الضرر به .

ولكن الامام النووي ذكر في شرحه على صحيح مسلم ان الطلاق اربعة اقسـام : حرام ومكروه وواجب ومندوب . وقال : ولا يكون مباحاً مستوى الطرفين [٢] .

والى هذا ذهب المالكية فقد قال الدرديري في شرحه مختصر خليل [٣] ان الطلاق من حيث هو جائز قد تعتريه الاحكام الاربعة من حرمة وكراهة ووجوب وندب .

وقد ذكر صاحب الروضة البهيه اقسام الطلاق [٤] فقـال : وهو ينقسم اربعة اقسام وهما ما عدا المباح وهو متساوي الطرفين من الاحكام الخمسة فانه لايكون كذلك بل اما راجح او مرجوح .

وهو إما حرام وهو طـلاق الحائض ... واما مكروه وهو الطلاق مع

---

(١) مغني المحتاج ٣/٣٠٧ .

(٢) النووي على مسلم ١٠/٦١ .

(٣) الدرديري علي خليل ٢/٤٢٣ .

(٤) الروضة البهية ٢/١٥٠ .

التئام الاخـلاق ... واما واجب وهو طلاق المولى والمظاهر ... واما سنة وهو الطلاق مع الشقاق بينهما .

وفي السرائر [1] : والطلاق على اربعة اضرب واجب ومحظور ومندوب ومكروه .

ومثل ذلك ماجاء في شرح النيل [2] ان الطلاق مكروه وهو الواقع بغير سبب مـع استقامة الحال وواجب كما في حـال الشقاق ومندوب طلاق غير العفيفة وجائز اذا كان لا يريدها .

ولكننا نلاحظ ان الطلاق حين تعتريه هذه الاحكام فتجعله واجباً او مندوباً او محرما كل ذلـك لامور خارجة عن الاصل فيه فيكون واجباً حين تحكيم الحكمين ومندوباً اليه عند تقصير المرأة في واجباتها مثلا اومحرماً ان وقع والمرأة في الحيض .

انما نريد ان نبحث الاصل في الطلاق حين لاتعتريه هـذه الامور هل هو مباح ام محظور ؟ ...

الفقهاء على رأيين في هذه الاجابة . فريق يقول ان الطلاق مباح وفريق آخر يذهب الى ان الطلاق محظور .

هل الاصل في الطلاق الاباحة ام الحظر :

من قال ان الاصل في الطلاق الاباحة :

وقال السرخسي في المبسوط [3] : وايقـاع الطلاق مباح وان كان مبغضاً في الاصـل .

---

(١) السرائر ص ٣٣٤ وهو من كتب الجعفرية المعتمدة .

(٢) شرح النيل ٥١/٣ .

(٣) المبسوط ٢/٦ .

وقال التمرتاشي في الدر المختار :[1] — ايقاعه مباح عند العامة[2] ، لاطلاق الايات .

ونقل الزيلعي عن النهاية[3] : ان ايقاع الطلاق مباح .

وقال القرطبي في تفسيره[4] : دل الكتاب والسنة واجماع الامة على ان الطلاق مباح غير محظور . قال ابن المنذر : وليس في المنع منه خبر يثبت .

...

ادلة من قال ان الطلاق مباح :[5]

١ — اطلاق الآيات القرآنية التي جاءت باحكام الطلاق : فمن ذلك قوله تعالى : لاجناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة . وقوله تعالى : فطلقوهن لعدتهن . وذلك كله يقتضي اباحة ايقاع الطلاق .

٢ — **السنة النبوية** : وقد طلق النبي صلى الله عليه وسلم حفصة حتى نزل الوحي يقول له ، راجعها فانها صوامة قوامة . والنبي عليه السلام لايفعل شيئاً محظورا[6] .

٣ — **الصحابة** : وكذلك فقد طلق الصحابة زوجاتهم دون بيان سبب الطلاق فدل على انه مباح فقد طلق عمر ام عاصم رضي الله عنهما وطلق عبد الرحمن بن عوف تماضر ، وكان الحسن بن علي يكثر من الطلاق .

---

(١) الدر المختار شرح الطحطاوي ١٠٢/٢ .

(٢) يقصد بالعامة أي جمهور الاحناف .

(٣) الزيلعي ٢ ١٨٩ .

(٤) القرطبي ١٢٦/٣ .

(٥) الزيلعي المصدر السابق والمبسوط المصدر السابق .

(٦) جاء في سنن ابن ماجه ٣١٨/١ عن سعيد بن جبير عن ابن عباس عن عمر بن الخطاب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها .

٤ - **القياس** : ان الطلاق ازالة الملك بطريق الاسقاط فيكون مباحاً في الاصل كالاعتاق .

من قال ان الاصل في الطلاق الحظر :

جاء في فتاوى الذخيرة[١]: الاصل في الطلاق الحظر والاباحة باعتبار الحاجة

قال ابن الهمام في فتح القدير[٢] : والاصح حظره الا لحاجة .

وقال في مجمع الانهر[٣] : واما وصفه : فاصح حظره الا لحاجة .

وفي تنوير الابصار[٤] : وايقاعه مباح وقيل الاصح حظره الا لحاجة .

وجاء في الجوهره[٥] : الاصل في الطلاق الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية .

وفي الهداية[٦]: الاصل في الطلاق هو الحظر .

وفي درر الحكام[٧] :واما وصفه : فالاصح حظره الا لحاجة .

وقال في البدائع[٨] :الاصل هو الحظر والكراهة الا انه رخص للتاديب.

---

(١) فتاوى الذخيرة . مخطوط في المكتبة الاحمدية في حلب مكتبة الاوقاف رقم ٢٨٤ (الجزء الاول) ص ١٦٦ .

والمؤلف للفقيه برهان الدين محمود بن احمد بن عبد العزيز توفي عام ٥٤٠ هـ وتوجد نسخة اخرى من الذخيرة في مكتبة الازهر رقم (١٥٨٤) ٢٠٨٥٦ وتقع في ثمانية مجلدات والكتاب مختصر المحيط وهو موسوعة في الفقه الحنفي توجد نسخة مخطوطة منه في دار الكتب المصرية رقم ٤٨١ .

(٢) فتح القدير ٢٢/٣ .

(٣) مجمع الانهر ٣٨٥/١.

(٤) الطحطاوي ١٠٢/٢ .

(٥) الجوهرة ٣١/٢ .

(٦) الهداية ٥٧/٣ .

(٧) درر الحكام في شرح غرر الاحكام (الشرنبلالي في حاشيته على الدرر) ١-٣٠٦

(٨) البدائع ٩٥/٣ .

وجاء في المحرر[1] : ويكره الطلاق لغير حاجة ، وعنده (الامام احمد) يحرم ويباح عند الحاجة اليه .

وقال ابن تيميه[2] : الاصل في الطلاق الحظر وانما ابيح منه قدر الحاجة.

وقال : ويباح في بعض الاحوال كما اذا احتاج اليه فانه مع الحاجة اليه مباح ، فلا كراهة وبدون الحاجة مكروه عند بعضهم .

وقال : بل نفس الطلاق اذا لم تدع اليه حاجة ، منهى عنه باتفاق العلماء اما نهي تحريم او نهى تنزيه .

• • •

ادلة من قال ان الاصل في الطلاق الحظر :

١ ــ الاحاديث التي وردت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بالنهي عن الطلاق ومن ذلك : ابغض الحلال الى الله الطلاق[3] تزوجوا ولا تطلقوا فان الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات[4] .

ما حلف بالطلاق مؤمن وما استحلف به الا منافق[5] .

وهناك احاديث كثيرة في كتب الفقه تحث على ترك الطلاق والنهي عنه[6].

---

(١) فتاوى ابن تيمية ١٦/٣ و ٨ و ٦٢ .

(٢) المصدر السابق ١٦/٢ و ٨ و ٦٢ .

(٣) سنن ابن ماجه ٣١٨/١ . وسنده : حدثنا كثير بن عبيد الحمصي ثنا محمد بن خالد عن عبيد الله بن الوليد الوصافي عن محارب بن دثار عن عبد الله بن عمر .

(٤) كشف الخفاء ٢٥١/١ وقد رواه الطبراني عن ابي موسى . وفي رواية عن عبادة بن الصامت. بلفظ ان الله لايحب الذواقين ولا الذواقات . وفي المقاصد الحسنةص ٥٠١ في رواية اخرى : لا احب الذواقين ولا الذواقات .

(٥) كشف الخفاء ٣٠٢/٢ رواه ابن عساكر عن انس وورد ايضاً في تفسير القرطبي ١٤٩/١٨ .

(٦) من ذلك حديث تزوجوا ولا تطلقوا فان الطلاق يهتز منه عرش الرحمن . قال الصغاني : حديث موضوع وقال ابن الجوزي : حديث موضوع : لكن عزاه في الجامع الصغير =

٢ ـ ان الزواج نعمة من الله لما فيه من مصالح الدين والدنيا وقد قال تعالى : « ومن آياته أن خلق لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة ».

ففي الطلاق كفران لهذه النعمة وقطع لهذه الصلة والمودة والرحمة ونكران لهذا الرباط المقدس الذي ربط الله به بين قلبين ليكونا نواة صالحة في بناء هذا المجتمع.

٣ ـ ثم ان الطلاق بدون حاجة تدعو اليه بغي وظلم وهذا لا يجوز في الاسلام . قال الله تعالى : « فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ».

ماتراه في هذا الموضوع :

سنبحث فيما يلي في الفقرات التالية :

١) معنى حديث ابغض الحلال الى الله الطلاق .

٢) مناقشة ابن الهمام وابن نجيم وابن عابدين والرافعي من فقهاء الاحناف فيما ذهبوا اليه .

٣) ماترجحه من هذه الاراء .

• • •

حديث ابغض الحلال الى الله الطلاق (١)

قال بعض الفقهاء هذا الحديث مشكل اذ كيف يكون الطلاق حلالا وهو

= لابن عدي بسند ضعيف عن علي بلفظ تزوجوا ولا تطلقوا فان الطلاق يهتز منه العرش. كشف الخفاء ١/ ٣٠٤ وقد جاء هذا الحديث في كتب الفقه القديمة منها والحديثة كالبدائع وفقه القرآن والسنة للشيخ علي قراعه وقد نبه على عدم صحة الحديث المحدثون لان في سنده عمرو بن جميع لا يصح الاخذ عنه .

راجع في تحقيق هذا : تنزيه الشريعة عن الاحاديث الشنيعة للمحدث ابي الحسن علي بن محمد بن عراق الكناني الشافعي المتوفي ٩٦٣ هـ ٢/ ٢٠٢ .

(١) هذا الحديث اخرجه ابوداود وابن ماجه عن ابن عمر. واخرجه الحاكم عن ابن =

بغيض الى الله [1] ؟.

والجواب على هذا أن المراد بالحلال هنا هو مايقابل الحرام فهو اذن ماليس ممنوعا منعا باتا .

وقد ورد ذلك بالقرآن الكريم [2] «واحل الله البيع وحرم الربا [3]» .

فاذا كان الحلال مقابلا للحرام وجب ان يشمل كل ماعداه .

يقول ابن عابدين : [4] : « المراد بالحلال ماليس فعله بلازم الشامل للمباح والمندوب والواجب والمكروه » .

وفي البحر الرائق [5] قال الشمني رحمه الله : فان قيل هذا الحديث مشكل لان كون الطلاق مبغضاً الى الله عز وجل مناف لكونه حلالاً ، لان كونه مبغضاً يقتضي رجحان تركه على فعله وكونه حلالاً يقتضي مساواة تركه بفعله .

والجواب : ليس المراد بالحلال هنا ما استوى فعله وتركه بل ماليس تركه بلازم الشامل للمباح والواجب والمندوب والمكروه .

وليس من المعقول ان يكون المراد من الحلال المندوب او الواجب فلم يبق الا احد امرين الاباحة او الكراهية .

=عمر ايضاً بلفظ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما احل الله شيئاً ابغض اليه من الطلاق . قال وهذا حديث صحيح الاسناد لم يخرجاه . وصحح البيهقي ارساله وكذا ابوحاتم . وقال الخطابي : انه المشهور - كشف الخفاء ص ٢٩ .

ورواه ابو يوسف في الآثار ص ١٢٨ حدثنا يوسف عن ابيه عن ابي حنيفة عن حماد عن ابراهيم انه قال : ليس شيء مما احل الله ابغض الى الله من الطلاق . واخرج مالك والبيهقي عن محارب بن دثار مرسلا : ما أحل الله شيئاً ابغض اليه من الطلاق .

(١) قال الدسوقي ٢/٤٢٢ هذا حديث فيه اشكال .

(٢) سورة البقرة آية ٢٧٥

(٣) الاباحة للدكتور مدكور ص ٦٩ .

(٤) ابن عابدين ٢/٤٢٦ .

(٥) البحر الرائق ٣/٢٥٤ .

والمباح في الشريعة الاسلامية كما يعرفه الشوكاني: ما لايمدح على فعله ولاعلى تركه[1].

وفي الجوهرة[2]: المباح ماخير المكلف بين فعله وتركه من غير استحقاق ثواب ولا عقاب. اذن نستطيع القول بأن لفظ الحلال في الحديث ليس المراد منه الواجب ولا المندوب ولا المباح فلم يبق الا المكروه والمحظور[3].

والحظر كما في اللباب[4] مامنع من استعماله شرعاً.

يقول العزيزي في هذا الحديث[5] ان الحلال هو الجائز الفعل والمراد غير الحرام فيشمل المكروه. وقد علق السندي على هذا الحديث بقوله[6] اذاالطلاق مبغوض عند الله فما شرع الا لحاجة الناس فحده ان لا يأتي الانسان به الا عند الحاجة.

ويقول ابن حجر في الفتح الباري[7] ان العلماء حملوا الحديث على وقوع الطلاق بغير سبب.

والخلاصة فان الحديث الشريف يدلنا على ان الطلاق وان كان مشروعاً، ولكنه مبغوض الى الله سبحانه وتعالى اذ لاتنافى بين المشروعية وبين الحظر كالصلاة في الارض المغصوبة[8]. فالصلاة مشروعة ولكن الحظر لأنها اقيمت

---

(١) ارشاد الفحول ص ٦

(٢) الجوهرة ٢/٣٨٠

(٣) يقول الشوكاني ان المكروه يشمل ثلاثة امور منها المحظور. راجع اصول الفقه عند الجعفرية ابو زهرة ص ٥٢

(٤) اللباب علي القدوري ٢/٣٨٠

(٥) السراج المنير شرح الجامع الصغير ١/١٩ وقد اشار اليه الدكتور مدكور في بحث الاباحة ص ٦٩

(٦) سنن ابن ماجه ١/٣١٨

(٧) فتح الباري ٩/٣١٠

(٨) الاحوال الشخصية للشيخ زيد الابياني ١/٢٩٣

في ارض مغصوبة فقد اجتمعت المشروعية والحظر في امر واحد .

. . .

ماجاء في فتح القدير والبحر الرائق وحاشية ابن عابدين والرافعي :

يقول ابن الهمام في فتح القدير[1] : «وانما ابيح (الطلاق) للحاجة والحاجة ماذكرنا في بيان سببه » واذا مارجعنا الى بيان سبب الطلاق نجد انه قال[2]: واما سببه فالحاجة الى الخلاص عند تباين الاخلاق وعروض البغضاء الموجبه عدم اقامة حدود الله وشرعه.. ويقول : غير ان الحاجة لاتقتصر على الكبر والريبه. وقال ابن نجيم في البحر الرائق[3] واما صفته : فهو ابغض المباحات الى الله تعالى. وفي المعراج : ايقاع الطلاق مباح وان كان مبغضاً في الاصل عند عامة العلماء. ومن الناس من يقول لايباح ايقاعه الا لضرورة كبر سن او ريبه لقوله عليه السلام لعن الله كل مذواق مطلاق .

ثم يقول : ان قوله في فتح القدير والاصح حظره الا لحاجة اختيار للقول الضعيف وليس المذهب عن علمائنا .

وقد تعقب ذلك ابن عابدين في منحه الخالق فقال[4] : قوله اختيار للقول الضعيف اي من حيث التقييد بالحاجة لامن كل وجه لان القول الضعيف تخصيص الحاجة بالكبر والريبه . والذي في الفتح أعم من ذلك لانه قال ، غير ان الحاجة لاتقتصر على الكبر والريبه .

وقد ذكر ابن عابدين ايضاً في رد المحتار تعليقاً على قول صاحب الدر المختار ان المذهب هو الاباحه نقلاً عن البحر فقال[5] ـ وقوله في البحر ايضاً

---

(١) فتح القدير ٣/٢٢

(٢) المصدر السابق ٣/٢١

(٣) البحر الرائق ٣/٢٥٣ .

(٤) منحة الخالق على البحر الرائق ٣/٢٥٤

(٥) الدر المختار ٢/٤٢٦

ان ماصححه في الفتح اختيار للقول الضعيف وليس المذهب عن علمائنا فيه نظر لأن الضعيف هو عدم اباحته الا لكبر او ريبه والذي صححه في الفتح عدم التقييد بذلك كما هو مقتضى اطلاقهم الحاجة .

ويقول : وبما قررناه ايضاً زال التنافي بين قولهم باباحته وقولهم ان الاصل فيه الحظر لاختلاف الحيثية وظهر ايضاً انه لا مخالفة بين ما ادعاه انه المذهب وما صححه في الفتح(١) .

والذي فهمته من هذه النصوص مايلي :

١ ــ ان صاحب فتح القدير يرجح ان الاصل في الطلاق الحظر لا الاباحة ولا يباح الا لحاجة .

٢ ــ وابن نجيم يعارضه في ذلك ويقول ان المذهب هو ان الاصل الاباحه وماذهب اليه صاحب الفتح هو القول الضعيف .

٣ ــ اما ابن عابدين فقد اراد التوفيق بين الرأيين فقال ان مانسبه ابن نجيم بالقول الضعيف ليس هو ما ذهب اليه ابن الهمام انما القول الضعيف هو ان الطلاق لايباح الا لكبر او ريبه حصراً والا كان محظوراً ، اما ابن الهمام فلم يعتبر الاباحه بهذين السببين بل قال ويباح عند الحاجة اليه .

اما الرافعي فقد ذكر في تقريره على حاشية ابن عابدين بأن مانسبه بالقول الضعيف ليس هو حصر سبب الاباحة بالكبر او الريبه لان صاحب المعراج وهو من نقلنا عنه هذا النص لم يحصر سبب الاباحه بهذين الامرين بل قال: ومن الناس من يقول لايباح ايقاعه الا لضرورة من كبر سن او ريبه ، فمعنى ذلك انه يباح عند تحقق هذين الامرين وغيرهما مما تدعو الحاجة اليه .

ويقول الرافعي رداً على ابن عابدين ،وليس لهم قول بعدم اباحته الا لكبر او ريبه دون غيرهما حتى يصح ان يقال لامخالفة بين ما ادعى في البحر انه المذهب وبين ماصححه في الفتح .

---

(١) حاشية ابن عابدين ٢/٤٢٧

ولكننا نلاحظ ان الرافعي اذ نقل عن المعراج ما يدل على عدم حصر سبب الاباحه بالكبر او الريبه ليس فيه مايدل على ان ابن عابدين قصد بكلامه هذا النص بالذات انما الذي فهمته انه رجح ماذهب اليه صاحب البحر بأنه القول الضعيف هو القول بحصر سبب الاباحه بالكبر او الريبه . وقد رجعت الى المبسوط فوجدت هذا الرأي فقد جاء فيه[1] .

فلا يحل الا عند الضرورة وذلك اما كبرالسن لما روى ان سودة لما طعنت في السن طلقها رسول الله واما لريبه لما روى ان رجلاً جاء الى النبي عليه السلام وقال له ان امرأتي لاترد يد لامس فقال عليه السلام طلقها .

فبين ما ادعاه في البحر انه المذهب من انه يباح ولو بدون حاجة وبين ماصححه في الفتح مخالفة ظاهرة[2] .

ونختم هذه النصوص بما ذكره ابن عابدين في بحثه[3] : ان الاصل فيه (الطلاق) الحظر بمعنى انه محظور الا لعارض يبيحه وهو معنى قولهم الاصل فيه الحظر والاباحة للحاجة الى الخلاص ، فاذا كان بلا سبب اصلاً لم يكن فيه حاجة الى الخلاص بل يكون حمقاً وسفاهة رأي ومجرد كفران النعمة وإخلاص الايذاء بها وباهلها واولادها فحيث تجرد عن الحاجة المبيحة له شرعاً يبقى على اصله من الحظر ولهذا قال تعالى : « فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا[4] » اي لاتطلبوا الفراق .

• • •

الرد على ادلة من قال ان الاصل في الطلاق الاباحة :

١ — قوله تعالى : لاجناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن . ليس في

---

(١) المبسوط ٦/٢

(٢) التحرير المختار للرافعي ١/٢١٢

(٣) ابن عابدين ٢/٤٢٧

(٤) سورة النساء آية ٣٤

هذه الآيه دليل على اباحة الطلاق . ورفع الجناح في هذه الآيه خاص بالمطلقة قبل الدخول اذ لا ضرر حينئذ فالآية لا تشمل كل الطلاق بل بعضه ومع هذا فان السياق يفيد انه لا حرج في اللجوء الى الطلاق اذا تعذر الامساك .

جاء في مجمع البيان[1] « وقد خص بالذكر غير المدخول بها لأمرين :

أ ـ لازالة الشك عن ان طلاقها غير محظور .

ب ـ لأن له ان يطلق التي لم يدخل بها اي وقت شاء بخلاف المدخول بها فانه لا يجوز ان يطلقها إلا في طهر لم يجامعها فيه » .

٢ ـ وأما طلاق النبي حفصة فقد يكون لحاجة لم نطلع عليها ولم تنقل لنا ومع هذا فقد امره الله سبحانه وتعالى على لسان الوحي بمراجعتها لانها صوامة قوامة اي لا داعي لطلاقها فراجعها عليه الصلاة والسلام .

٣ ـ وأما طلاق الصحابة : فأيضا ليس من المعقول ان يكون بدون سبب والسبب قد يكون نفسيا لا يطلع عليه أحد .

قل ابن الهمام :

وكل ما نقل عن طلاق الصحابة .... فمحمله وجود الحاجة[2] .

٤ ـ وقولهم ان الطلاق اسقاط للملك كالاعتاق . فهذا قياس مع الفارق لا يجوز لأمرين :

أ ـ أن الزواج لا يفيد ملكاً وإلا لتصرف المالك في ملكه بكل انواع التصرفات من اباحة وبيع وتأجير . ولكنه في الحق يفيد حلًا المتعة الزوجية .

ب ـ وأن الشارع سهل من أمر الاعتاق الى حد كبير بقدر ما وضع العقبات في طريق الطلاق .

فقد روى الدارقطني عن معاذ مرفوعا[3]: يا معاذ ما خلق الله شيئا أحب

---

(١) ١٥٧/٢

(٢) الفتح القدير ٢٢/٣

(٣) كشف الخفاء ص ٢٩

اليه من العتاق ولا خلق الله شيئا على وجه الارض ابغض اليه من الطلاق فاذا قال الرجل لمملوكه انت حر ان شاء الله فهو حر لا استثناء له واذا قال لامرأته انت طالق ان شاء الله فله استثناؤه ولا طلاق عليه .

ويقول الدبوسي في تقويم الادلة وهو مخطوط في دار الكتب المصرية [1] .

«فلما لم يكن الرق بمعنى النكاح لم يكن ما وضع لازالة الرق بمعنى ما وضع لازالة ملك النكاح ضرورة .

وماروي عن النبي عليه السلام أنه قال: النكاح رق محمول على سبيل المجاز للرق لضرب مثل يثبت بالنكاح لا حقيقته» .

ولهذا فاننا نرجح الرأي القائل بأن الاصل في الطلاق الحظر ولا يباح الا لحاجة .

يقول الاستاذ زيد الابياني رحمه الله [2] .

فالذي ينبغي التعويل عليه ان الشريعة الاسلامية لم تبح الطلاق في اي وقت ولم تمنعه كذلك بل هي وسط بين الاثنين . اذا عرفت هذا تعلم ان ما يحصل من ايقاع الطلاق بلا سبب جهل بما هو المعول عليه في الشريعة الاسلامية او هو خروج عما تأمر به .

. . .

رأينا في هذا البحث وما نرجحه :

المبادىء العامة التي تحكم الطلاق : لكل نظام روح تسوده اما ان تتصف بالشدة والقسوة او باللين والتساهل فمثلا نظام الزواج سهل الشارع امره حيث اعتبر رضا الزوجين الاصل فيه . ويكون صحيحا اذا ما تم امام شاهدين دون قيود وعقبات ففي اي مكان عقد صح ولزم وامام أي شاهدين عدلين اعتبر نافذا بل انه

---

(١) رقم المخطوط ٢٥٥ اصول ص ٢٢٣ - ٢٢٤

(٢) الاحوال الشخصية ١/٢٩٤

لا يتوقف على عقل ولا بلوغ ولا صحة بل يمكن ان يكون بين زوجين صغيرين أو بين زوجين مجنونين بواسطة اوليائهم .

اما الطلاق فلم يجعله الشارع ميسراً الى هذا الحد بل ضيق فيه أشد التضيق فاشترط ان يكون من الزوج نفسه او نائبه وان يكون عاقلا بالغا فلا يقع طلاق الصبي ولا المجنون ووضع الاسلام قيودا عدة مما نستدل على ان الطلاق بمبادئه العامة التي تسوده محظور لان الشارع حرص على وضع العقبات امام المطلق للتروي والتفكير بحيث لا يقدم المرء على انفصال الحياة الزوجية التي قدسها الله الا لحاجة تدعو اليها الضرورة ولهذا فقد استحسن القرآن الكريم الحاح الرسول صلى الله عليه وسلم على زيد بأن يمسك عليه زوجته بالرغم من استمرار الشقاق بينهما [1] فقال في سورة الاحزاب [2] ـ واذ تقول للذي انعم الله عليه ، وانعمت عليه ، أمسك عليك زوجك واتق الله .... فاعتبر القرآن الامتناع عن الطلاق من نوع التقوى والبر .

وقد نفر القرآن الكريم من الطلاق بقوله : واذا كرهتموهن فعسى ان تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيرا كثيرا [3] ـ وامر الله سبحانه وتعالى بالاصلاح بين الزوجين ان ظهرت بوادر الشقاق بينهما فقال : «وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما [4]» .

ولهذا فاننا نرجح الرأي القائل بأن الاصل في الطلاق الحظر ولا يباح إلا لحاجة تدعو اليه مما تتعذر معها المعيشة الزوجية المشتركة .

---

(١) الطلاق في الاسلام مولانا محمد علي ص ٤٩

(٢) سورة الاحزاب آية ٣٧

(٣) سورة النساء آية ١٩

(٤) سورة النساء آية ٣٥

المبحث الثاني

تقييد حق الطلاق في الفقه والقضاء والقانون

وقد نشأ عن الخلاف في اصل الطلاق هل هو الحظر ام الاباحة ثلاثة اتجاهات تناولتها اقلام الكتاب في عصرنا الحاضر وترتب على ذلك ايضا اختلاف في الاجتهاد القضائي مما كان سبباً لمحاولات في بعض القوانين ترمي الى تقييد الطلاق .

الاتجاه الاول :

من قال بالاباحة : الاصل في الطلاق الاباحة ، والرجل طالما ملكه الشارع حق الطلاق بالارادة المنفردة ، فهو حر التصرف ولا يجوز الرقابة عليه فيما يفعل وبالتالي لا يجوز الحكم عليه بأي تعويض طالما استعمل حقا منحه اياه الشرع والقانون. ونلاحظ ان قوانين الأحوال الشخصية التي لم تنص صراحة على مبدأ التعويض كانت مجالا للخلاف في التطبيق العملي لدى المحاكم ، ومن هذا ما قضت به محكمة استئناف مصر [1] — حيث قالت :

ان الطلاق حق مطلق للزوج بحكم الشريعة الغراء ولان الزوجة حين زواجها كانت على بينة من حق زوجها هذا واذن فهي تعلم وقت التعاقد النتائج التي قد تترتب على عقدها ، فلا يجوز لها ان تتظلم منها ، ولان الشريعة وهي القانون الخاص الذي يخضع له عقد الزواج ، قصرت حق الزوجة عند الطلاق

---

(١) استئناف مصر ١٨/١٢/١٩٢٧ مجلة المحاماة س ٨ ص ٤٩٦ .

على مؤخر الصداق ونفقة العدة دون التعويض . ولان المناقشة في التعويض تستلزم الخوض في اسباب الطلاق وفي ذلك من فضح اسرار العائلات ما لايخفى ، واخيراً لان المصلحة العامة تقضي بالا يلزم الزوج بمعاشرة زوجة لا يطيق معاشرتها لعيب نفسي او خلقي فيها ، وفي الحكم عليه بالتعويض اكراه له على قبول هذه الحالة .

ونلاحظ ان هذا الحكم مبني على خمسة امور :

١) ان الطلاق حق مطلق للزوج .

٢) ان الزوجة حين زواجها كانت تعلم[1] ان الزوج يملك في كل لحظة امر طلاقها فكأنه شرط ملحوظ .

٣) ان الشريعة قصرت حق الزوجة المالي على النفقة ومؤخر الصداق حين طلاقها دون التعويض .

٤) ان الحكم بالتعويض يستلزم كشف اسرار العائلات لمعرفة سبب الطلاق .

٥) من المصلحة ان لايعاشر المرء شخصاً لم ينسجم معه وفي الحكم بالتعويض الزام له على معاشرته وهو له كاره وهذا ينافي المصلحة الزوجيه .

ولنا في هذا الحكم رأي :

١) ان الطلاق ليس حقاً مطلقاً للزوج كما رجح الفقهاء لان الاصل فيه الحظر فيجب ان يكون مقيداً بشروعيته اي بحكمة تشريعه وما لاجله شرع ولا فرق في هذا سواء أكان الحظر قضائياً ام دينياً كما سنرى بعد قليل فالمهم ان الشارع حظر الطلاق ان كان من غير سبب وترك تقدير ذلك للزوج ، وهذا لايمنع من ان نقول انه ليس حقاً مطلقاً للزوج والا لم يكن للحظر معنى .

٢) صحيح ان الزوجه تعلم حين الزواج ان زوجها يملك حق طلاقها ولكنها لاتعلم ان زوجها يتركها في حال بؤس وفاقه فالتعويض الذي نرى ان نحكم به

---

(١) ومع هذا فان الجهل بالقانون ليس عذرا .

القضاء كما سوف نبين شروطه لا لكل مطلقه بل لمن اساء استعمال حقه في الطلاق فأصاب من جراء ذلك زوجته بالضرر الذي نهى عنه رسول الله صلى الله وسلم بقوله لاضرر ولا ضرار[1] .

٣) واما قولهم بان كشف اسرار البيوت لا يجوز امام المحاكم فهذا صحيح لو لم يكن القضاء يفرق بين الزوجين للعيوب . ولعدم الانفاق وللغيبة. وكل ذلك أمور خاصة بشؤون الاسرة بل أشد ما يحرص عليه الزوجان من أسرار يعرفها القضاء فلم يعد في الموضوع سراً يحاول الزوجان اخفاءه عن القضاء .

٤) وقولهم أن من المصلحة ان لا يعاشر المرء شخصاً لا ينسجم معه ، فنحن معهم في هذا فلم نحرم الطلاق على الزوج حتى نجبره أن يعيش مع من لا يحب بل نقول له ان من المصلحة أيضاً بل من الواجب ان لا يترك الزوج زوجته عرضة للبؤس والفقر فاذا ما أراد الطلاق وكانت الزوجة بحاجة الى معونة ومساعدة فيجب عليه أن يعوض لها عن ذلك ان لم يكن الطلاق بسببها .

. . .

الاتجاه الثاني

من قال بالحظر الدياني :

إن الطلاق وان كان الاصل فيه الحظر ولكن هذا الحظر دياني لا يخضع لسلطة القضاء والفقهاء القدامى اذ نصوا على ان الطلاق لا يباح الا لحاجة ذكروا

---

(١) راجع البحث القيم الذي كتبه فضيلة الاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة في مجلة حضارة الاسلام في العدد الثاني من السنة الثانية وما بعده .

ان الحاجة قد تكون مجرد عدم ميل الزوج لزوجته كما جاء في الفتح[١] وحاشية ابن عابدين[٢] ولهذا فان الموضوع يتعلق بامر نفساني قد لا يستحسن معرفته فالأمر موكول اذن الى ضمير الزوج[٣] فمن طلق زوجته بدون سبب فهو آثم ديانة. واما قضاء فالطلاق واقع ولا يجوز للقاضي أن يتدخل لمعرفة هذا السبب حرصاً على سمعة الاسرة وخاصة ماىمس المطلقة من هتك اسرار لا يجوز للغير معرفتها[٤].

يقول فضيلة استاذنا الشيخ محمد ابو زهره[٥] : «والحق ان الاصل في الطلاق هو الحظر ولا يباح الا للحاجة ، ولكن هذه الحاجة قد تكون نفسية ، وقد تكون مما يجب ستره وهي في كل احوالها ، او جلها لا يجوز ان تعرض بين انظار القضاء ويتنازعها الخصوم فيما بينهم شداً وجذباً ، وقد أخطأ من حكم بالتعويض لاجل الطلاق ، ولو كان ثمة شرط يوجب التعويض اذ يكون شرطاً فاسداً فيلغى ، والحاجة التي تلزم ليست حاجة تجري عليها وسائل الاثبات».

وقد اشتمل هذا النص على ثلاثة أمور : —

١ — لا يجوز للقضاء أن يتدخل في حق الرجل بالطلاق لانه قد يطلق لأمر نفسي لا يخضع لرقابة القضاء او لأمر يجب ستره حرصاً على سمعة الزوجة.

٢ — لا يجوز الحكم بالتعويض لأجل الطلاق.

٣ — كل شرط بين الزوجين تضمن التعويض حين الطلاق هو شرط فاسد لا يعمل به.

واني أناقش استاذي بابداء بعض الملاحظات : —

---

(١) فتح القدير ٣/٢٣.

(٢) حاشية ابن عابدين ٢/٤٢٦.

(٣) الاحوال الشخصية للشيخ معوض سرحان ص ٢٩٠

(٤) خلاصة الاحوال الشخصية للشيخ محمد سلامة ص ٧٣.

(٥) الاحوال الشخصية قسم الزواج ٢٨٢.

١) ذكرت آنفاً ان القضاء يتدخل في شئون الاسرة بحيث لم يعد هناك من سر يجب ستره فإن أهم شيء يحاول الانسان اخفاءه وهي العيوب الجنسية مثلاً فانها تعرض على القضاء ، كما أن كثيراً من الامور المادية كالاعسار وعدم الانفاق يطلع عليها القاضي. وقد اصبح كل ذلك من الامور التي يختص القضاء بالنظر فيها والفصل في خصومها .

كما ان القاضي حين يطلق للشقاق والضرر فانه يطلع على جميع الاسباب الخاصة التي أدت الى ذلك .

وبهذا يتضح لنا ان القضاء اصبح يعرف اسرار البيوت بالفصل بين الخصومات القائمة بين الزوجين .

٢) وأما قوله : لا يجوز الحكم بالتعويض ،فإن تعويض المطلقة أمر قرره الشارع حين اوجب المتعة وهي مال يدفعه الزوج لمطلقته جبراً لها عما أصابها من الايحاش بالطلاق . فليس في التعويض مخالفة لما جاء في القرآن الكريم لقوله تعالى: « والمطلقات متاع بالمعروف » .

٣) واما اعتبار الشرط فاسداً اذا تضمن التعويض حين الطلاق ، فلست أرى – بعد ان بينا ان المتعة واجبة لكل مطلقة – مبرراً لاعتبار هذا الشرط فاسداً .

جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية(١) : «ان تعهد الزوج بتعويض زوجته اذا طلقها ليس فيه مخالفة لأحكام الشريعة ولا للنظام العام ، ولكن هذا التعهد ينتفي الالتزام به اذا كان الزوج لم يطلق زوجته إلا بناء على فعل أتته هي اضطره الى ذلك ، وهي من الامور الموضوعية التي تقررها المحكمة بحسب ظروف كل دعوى وملابساتها .

---

(١) النقض المصرية ٢٩/٢/١٩٤٠ مجموعة القواعد القانونية ١/١١٩ رقم ١١ .

الاتجاه الثالث :

يميل فريق من الفقهاء الى أن الطلاق وإن كان حقاً للرجل يستعمله متى شاء وبارادته المنفردة الا انه كبقية الحقوق التي تخضع لاشراف القضاء ، فمن اساء استعمال حق منحه اياه القانون وجب عليه التعويض لمن تضرر من ذلك .

بل ان بعض قوانين الاحوال الشخصية للبلاد العربية ذهبت اكثر من ذلك فسلبت الزوج حق الطلاق ومنحته للقاضي بحجة ان المصلحة تقتضي ذلك بعد ان اساء اكثر الناس استعمال هذا الحق .

وهناك محاولات بذات في مصر عام ١٩١٦ لتقييد حق الرجل بطلاق زوجته ولكنها لم تلق النجاح لاعتراضات قوية ونقد تناوله رجال الفقه في ذاك الوقت .

وقد خطا القانون السوري خطوة جريئة في هذا المضمار فنص صراحة على التعويض اذا ما اساء الزوج استعمال حق الطلاق .

اولا – مشروع عام ١٩١٦ بتقييد الطلاق في مصر :

جاء في مشروع القانون :

«لايجوز لمتزوج أن يطلق زوجته ، ولا لمأذون أن يباشر اشهاد الطلاق إلا باذن من القاضي الشرعي الذي في دائرة اختصاصه مكان الزوج ، فان حصل الطلاق بدون اذن ترتبت عليه اثاره الشرعية ، وعوقب الزوج بالحبس مدة لاتزيد على ثلاثة أشهر وبغرامة لاتتجاوز عشرة الاف قرش ، او باحدى هاتين العقوبتين »[1] .

ونلاحظ في هذا النص :

١) انه جعل الاصل في الطلاق المنع الا باذن من القاضي .

---

(١) راجع ص ٥٣ من هذا الكتاب .

٢) وانه لم يرتب البطلان على عدم الاذن بل اوقع الطلاق بارادة الزوج المنفردة تحت طائلة العقوبة .

٣) لم يفرق بين الحالات التي يتعسف فيها الزوج بطلاقه وبين الحالات التي تبيح له ذلك كما لو كان لذنب أو خطأ كبير ارتكبته الزوجة يمس شرفها او سمعتها .

٤) غير واضح في هذا النص هل يشمل كل حالات الطلاق بما فيها الطلاق باتفاق الزوجين او بناء على طلبها ام لايشمل ذلك .

ثانيا ـ الطلاق في قانون الاحوال الشخصية في تونس :

الفصل ٣٠ ـ لايقع الطلاق الا لدى المحكمة .

الفصل ٣١ ـ يحكم بالطلاق :

١) بناء على طلب من الزوج او الزوجة للاسباب المبينة بفصول المجلة [١] .

٢) بتراضي الزوجين .

٣) اوعند رغبة الزوجة انشاء الطلاق او مطالبة الزوجة به وفي هاته الصورة يقرر الحاكم ماتتمتع به الزوجة من الغرامات المالية لتعويض الضرر الحاصل لها او ماتدفعه هي للزوج من التعويضات .

ملاحظاتنا على هذه المواد :

١) انه سلب الزوج حق الطلاق بارادته المنفردة وهذا خروج على الشريعة الاسلامية بجميع مذاهبها .

٢) جعل اتفاق الزوجين من الاسباب الملزمة للقاضي بالطلاق كما يفهم من عدم اشتراطه التعويض حال تراضي الزوجين .

٣) لم يبين الاسباب التي تجيز للقاضي التفريق بصورة الزامية بل ترك المشرع تحديد ذلك لتقدير القاضي حسب ظروف الزوجين .

---

(١) هذه الاسباب : عدم الانفاق . اضرار الزوج بزوجته . الغيبة . السجن .

٤) سوى بين الزوج والزوجة في التعويض عن الطلاق . فكما تتضرر الزوجة من الطلاق فقد يتضرر الزوج من ذلك أيضاً .

. . .

ثالثا - واما المنحى الثالث في هذا الاتجاه فيعترف للزوج بحق الطلاق بارادته المنفردة دون تدخل القضاء ولكنه في الوقت ذاته ينظر الى الطرف الاخر وهو الزوجة فان تضررت من هذه الفرقة وجب على الزوج التعويض لرفع الظلم والضرر .

وفي هذا يقول استاذنا الدكتور مدكور في كتابه الزواج والفرقة واثارهما[1] ، ولما كان عموم البلوى وسد الذرائع لها احكامها في الاسلام والمحافظة على الصالح العام وعلى كيان الاسرة التي هي عماد المجتمع . كل ذلك يدعو الى النظر في وضع تشريع رادع لمن اساء استعمال الحق ، والسياسة الشرعية في الاسلام تبيح لولى الامر ان يقيد المباح وان يفرض عقوبة ، او جزاء على من اساء[2] .

والى هذا ذهبت محكمة استئناف القاهرة في حكم لها[3] قالت فيه : إن اساءة استعمال الحق في الطلاق توجب التعويض .

ونظراً لأهمية هذا الحكم في بلد لم ينص قانونه صراحة على مثل هذه الحالة فاننا نقتطف منه أهم ما جاء فيه من مبادىء :

١ - القول بان الشريعة تجيز الطلاق لمجرد رغبة الخلاص من الزوجة وانه لايترتب عليه أية تسوية غير التي خولها الشرع للمطلقة من مؤخر صداق ونفقة او متعة لأن الطلاق يعود على المطلق بمنفعته الشخصية وهي التخلص من زيجة

---

(١) الزواج والفرقة ص ١٦٧ الدكتور محمد سلام مدكور .

(٢) وقد تقدم استاذنا الدكتور مدكور بمشروع عالج فيه شئون الطلاق نشرته جريدة الاهرام في مارس ١٩٥٣ كان محل اخذ ومناقشة طيلة شهرين في الجريدة نفسها .

(٣) محكمة استئناف القاهرة ١٩٥٨/٢/٢٣ .

لايجد فيها مودة ولا رحمة بحسب رأية هو ، لأنها في حالة نفسية يجب سترها ولا يجوز أن نعرض على القضاء ، هذا القول ليس صحيحاً على اطلاقه في دين الله ولا في سنة رسوله فقد اوجبا معاشرة الأزواج بالحسنى ونهيا عن العجلة وعدم التسهل في الطلاق . والفقهاء مجمعون على تحريم الطلاق بغير سبب فان وقع ولو ان احكاماً تترتب عليه إلا أنه يكون مخالفاً لنصوص القرآن وأنه يكون موقعه آثماً وخارجاً على حكم الشريعة .

٢ ـ الطلاق شأنه شأن سائر الحقوق يخضع لاشراف القضاء فان تبين ان استعماله كان لغرض غير مشروع قضى بالتعويض طبقاً للمادتين ٤ و ٥ من القانون المدني[١] وقد استمد الشارع المصري هـذا المبدأ القائـل بأن الحق يصبح غير مشروع اذا لم يقصد منه سوى الاضرار بالغير من الفقه الاسلامي ومن التطبيقات العملية التي انتهى اليها القضاء وعن طريق الاجتهاد .

٣ ـ الحقوق الشرعية المترتبة على عقد الزواج لاتتدخل في التعويض الذي يقضى به عن الطلاق التعسفي .

• • •

ماذهب اليه القانون السوري :

جاء في القانون السوري في الفصل الخامس تحت عنوان طلاق التعسف : ـ

م ١١٧ : اذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي ان الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول وان الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقه ، جاز للقاضي ان يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لايتجاوز مبلغ نفقة

---

(١) نص القانون المدني المصري في المادة ٥ على حالات التعسف في استعمال الحق .

ا ـ اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير .

ب ـ اذا كانت المصالح التي يرمي (استعمال الحق) الى تحقيقها قليل الأهمية بحيث لاتتناسب البتة مايصيب الغير بسببها .

ج ـ اذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها غير مشروعة .

سنه فوق نفقة العدة ، وللقاضي ان يجعل دفع هذا التعويض جملة او شهرياً بحسب مقتضى الحال ونلاحظ في هذه المادة ما يلي : -

١) ان القانون السوري لم يسلب الزوج الحق في طلاق زوجته بل قيده بعدم الاضرار .

٢) اعتبر القانون الزوج متعسفاً اذا توافر شرطان :

(١) ان يطلق زوجته بدون سبب معقول .

(٢) وان يصيب الزوجة من جراء ذلك بؤس وفاقة .

٣) حدد التعويض في الطلاق التعسفي بما لا يتجاوز نفقة سنة .

هذه خطوة جريئة في القانون السوري اراد المشرع فيها وضع حد لتعسف الزوج في الطلاق .

وسنبحث الى اي مدى طبق القضاء هذا النص من عدة قرارات لمحكمة النقض السورية في هذا الموضوع .

١ - ما يشترط في الطلاق التعسفي :

« يشترط لاعتبار الطلاق تعسفاً ان يقع بلا سبب ويؤدي بالمطلقة الى الفاقة والاحتياج »[١] .

« يشترط لاعتبار الطلاق تعسفياً ان يكون بلا سبب معقول وان يصيب الزوجة به فقر وفاقة[٢] » .

٢ - لا تعويض ما دام الطلاق رجعيا :

« ان شرط هذا التعويض وقوع المطلقة في العوز والفاقة وذلك لا يتحقق منه الا بعد البينونة ، والطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية ولا يمنع الرجعة ولا يفيد البينونة الا بعد انقضاء العدة »[٣] .

٣ - على الزوج اثبات عدم التعسف .

---

(١) قرار محكمة النقض السورية ١٥/٦/١٩٥٥ .

(٢) قرار محكمة النقض السورية ٢٨/١٢/١٩٥٤ .

(٣) قرار محكمة النقض السورية ٢٢/٩/١٩٥٥ .

قررت محكمة النقض : على الزوج المطلق اثبات عدم التعسف وبيان سبب الطلاق[1] .

وجاء في ذلك القرار : « لما كان على الزوج المطلق اثبات عدم التعسف ببيان سبب صحيح للطلاق .. وكان عدم بيان الزوج سبب الطلاق يكفي لاعتباره تعسفياً ولا تكلف المطلقة اثبات عدم التعسف لانه نفي مطلق لا يمكن اقامة البينة عليه »

٤ - ان وجود مؤجل للمهر لا يحول دون المطالبة بالتعويض .

« وان وجود مؤجل للمهر ولو كثر لا يمنع من الادعاء بتعويض الطلاق التعسفي »[2] .

وجاء في اسباب هذا الحكم : الا انه لما كان وجود مؤجل للمهر ولو كثر لا يمنع من الادعاء بتعويض الطلاق التعسفي كما هو الاجتهاد المستمر لان لكل مطلقة مهر مؤجل فلو نفى وجود واستحقاق التعويض لتعطل الحكم القانوني ، ولان مقصد واضع القانون الذي تدل عليه عباراته الصريحة انه اراد بالتعويض منحها اياه علاوة على جميع حقوقها الشرعية المستحقة بدليل تصريحه بأن هذا التعويض غير نفقة العدة ولان احتمال وقوع الفقر والفاقة في المستقبل بسبب الطلاق يكفي لاستحقاقه ولا يشترط تحقيقها عند الطلاق .

٥ - زواج المطلقة لا يمنعها من استحقاق التعويض :

« ان زواج المطلقة ، بعد الطلاق بمدة طويلة ، لا يمنع استحقاقها تعويض التعسف »[3] .

٦ - لا تعسف ان كان سبب الطلاق مشروعاً :

« ان التعسف في الطلاق ينتفي اذا تبين ان سببه يصلح اعتباره من الاسباب المؤدية اليه شرعا او عرفا »[4] .

---

(١) قرار محكمة النقض السورية ٢٨/٥/١٩٦٠.

(٢) قرار محكمة النقض السورية ٧/٢/١٩٥٧ .

(٣) قرار محكمة النقض السورية ١٧/١١/١٩٦٠ .

(٤) قرار محكمة النقض السورية ٢٠/١١/١٩٦١ .

المبحث الثالث

من صور التعسف في الطلاق :

من صور التعسف في الطلاق :

اولا : طلاق المريض مرض الموت :

جاء في القانون السوري في فصل طلاق التعسف المادة التالية :

م ١١٦ : من باشر سببا من اسباب البينونة في مرض موته او في حالة يغلب في مثلها الهلاك طائعا بلا رضى زوجته ومات في ذلك المرض او في تلك الحالة والمرأة في العدة فانها ترث بشرط ان تستمر اهليتها للارث من وقت الابانة الى الموت [١] .

فما هو مرض الموت :

(١) لم يأت القانون المدني بتعريف لمرض الموت لذلك وجب الرجوع الى الشريعة الاسلامية التي استمد منها الشارع احكام تصرفات المريض مرض الموت لمعرفة ماهية مرض الموت واحكامه «الوصية وتصرفات المريض مرض الموت كامل مرسي ص ٢٣٠».

وبالرجوع الى الشريعة الاسلامية نجد ان المادة ١٥٩٥ من مجلة الاحكام العدلية عرفت مرض الموت بقولها :

«المرض الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره ان كان من الذكور ويعجز عن رؤية المصالح الداخلية في داره ان كان من الاناث ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء اكان صاحب فراش ام لم يكن. وان امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة ، كان في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح مالم يشتد مرضه ويتغير حاله . ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله قبل مضي سنة يعد حاله اعتباراً من وقت التغيير الى الوفاة مرض موت (راجع بحث المريض مرض الموت للاستاذ الدكتور مدكور في المدخل الفقهي ص ٤٥٥» . =

حكم طلاق المريض مرض الموت :

لا نتعرض لاحكام تصرفات المريض مرض الموت في المعاملات المالية فليست من بحثنا [1] انما نبين مدى تأثير مرض الموت في الطلاق والميراث باعتباره من اثار الزواج .

اذا طلق المريض مرض الموت زوجته ومات وهو في مرضه فان كان الطلاق رجعيا فالزوجة ترثه مادامت في العدة لانها لاتزال زوجة اما اذا كان الطلاق بائنا فالاصل ان لاترث لان الزوجة تبين بالطلاق البائن فلا ميراث .

الا ان اكثر الفقهاء لاحظوا ان من يطلق زوجته بدون رضاها وهو مريض مرض الموت انما يقصد بذلك التهرب من ميراثها لذلك سموه طلاق الفار وردوا عليه قصده وذلك بتوريثها منه رغم البينونة التي حصلت بالطلاق لان ايقاعه الطلاق صحيح انما قالوا بميراثها منه على خلاف فيما بينهم :

قال الظاهرية : طلاق المريض كطلاق الصحيح فاذا طلق الزوج زوجته ثم مات في مرضه فلا ترثه زوجته ان كان الطلاق بائنا [2] .

= وفي الفتاوى الهندية ٤/١٧٦ حد مرض الموت تكلموا فيه والمختار للفتوى انه اذا كان الغالب منه الموت كان مرض الموت ، سواء اكان صاحب فراش ام لم يكن .

وفي المغني ٦/٥٠٥ يعتبر في المريض شرطان : ١) ان يتصل بمرضه الموت فلو صح في مرضه الذي اعطى فيه ثم مات بعد ذلك فحكم عطيته حكم عطية الصحيح لانه ليس بمرض الموت ٢) ان يكون مخوفا .

(١) راجع تأثير مرض الموت في تصرفات المريض في المبادىء الشرعية للدكتور صبحي المحمصاني ص ١٢١ .

(٢) قال ابن حزم في المحلى ١٠/٢١٨ ، وطلاق المريض كطلاق الصحيح ولا فرق مات من ذلك المرض او لم يمت منه .

فان كان طلاق المريض ثلاثا او آخر ثلاث او قبل ان يطأها فات او مات قبل تمام العدة او بعدها ، او كان طلاقا رجعيا فلم يرتجعها حتى مات او ماتت بعد تمام العدة فلا ترثه في شيء من ذلك كله ولا يرثها اصلا .

ويرد ابن حزم على من قال انه يعتبر فارا بطلاقها فيقول كان الاولى ان يبطلوا طلاقه الذي به اراد منعها الميراث . واما تجويزهم الطلاق وابقاؤهم الميراث ، فمناقضة ظاهرة الخطأ .

ولدى الشافعية روايتان اصحهما ان طلاق المريض كطلاق الصحيح والرواية الثانية يعتبر المريض فيها فارا وترث زوجته[1].

اما الاحناف: فقالوا ترث زوجة الفار مادامت في العدة ولو كان الطلاق بائنا خلافا للاصل[2].

وذهب الحنابلة الى أن الزوجة ترث زوجها مادامت في العدة بدون خلاف[3] واختلفوا فيما لو انتهت العدة هل ترث أم لا على روايتين ـ الصحيح من المذهب انها ترثه ما دامت لم تتزوج[4].

وقال مالك: ان حق الزوجة في الميراث لاينقطع ولو تزوجت قبل الموت

---

(١) جاء في المهذب ٢/٢٧ واختلف قول الشافعي رحمه الله فيمن بت طلاق امرأته في المرض المخوف واتصل به الموت.

فقال في احد القولين. انها ترثه لانه متهم في قطع ارثها فورثت كالقاتل لما كان متهما في استعجال الميراث لم يرث ـ والثاني انها لاترث وهو الصحيح لانها بينونة قبل الموت فقطعت الارث كالطلاق في الصحة.

فاذا قلنا انها ترث فالى اي وقت ترث ؟.. فيه ثلاثة اقوال :

١) احدها : ان مات وهي في العدة ورثت لان حكم الزوجية باق وان مات وقد انقضت العدة لم ترث لانه لم يبق حكم الزوجية.

٢) والثاني : انها ترث مالم تتزوج لانها اذا تزوجت علمنا انها اختارت ذلك.

٣) والثالث : انها ترث ابداً لان توريثها للفرار وذلك لايزول بالتزويج فلم يبطل حقها.

(٢) جاء في المبسوط ٦/٥٥ واذا طلق المريض امرأته ثلاثا او واحدة بائنة ثم مات وهي في العدة فلا ميراث لها منه في القياس وفي الاستحسان ترث منه، ويقول السرخسي : ولكنا استحسنا لاتفاق الصحابة رضي الله عنهم والقياس يترك باجماع الصحابة.

(٣) لا خلاف بين جميع الفقهاء ان الزوج لايرث زوجته اذا ماتت وهي في العدة ان كان طلاقه طلاق فار.

(٤) جاء في المحرر ١/١١ : وان ابانها في مرض موته المخوف متهما بقصد حرمانها.... ورثته مادامت في العدة رواية واحدة ـ ولم يرثها ـ فان انقضت العدة او كان الطلاق قبل=

لان القصد ، الآثم مردود على صاحبه وقد قصد حرمانها من الميراث فيرد عليه قصده وذلك بتوريثها كما لو لم يطلقها [1] .

الجعفرية : وذهب الجعفرية الى أن زوجة المريض ترث زوجها مادامت في العدة، فاذا مضت العدة فانها ترث أيضاً ما لم تمض سنة على طلاقها فحينئذ لا ترثه [2] .

والخلاصة :

أن الرجل اذا تعسف في طلاق زوجته فطلقها في مرض موته اعتبر الشارع هذا فراراً من ميراث زوجته فرد عليه قصده بتوريثها منه .

الاجتهادات القضائية :

جاء في قرار لمحكمة التمييز السورية [3] — اذا كان الزوج الذي طلق زوجته طلاقاً بائناً صحيح الجسم حين ايقاعه الطلاق، فان امرأته لا ترثه ولو مات وهي في العدة بخلاف ما لو كان مريضاً مرض الموت فانه يعتبر بهذا الطلاق فارا وترثه زوجته ان مات وهي في عدة الطلاق .

وجاء في حكم لمحكمة استئناف المنصورة [4]: « ان المنصوص عليه شرعاً ان

= الدخول لم ترثه – وعنه (الامام احمد) ترثه مالم تتزوج .

غير اني وجدت في الانصاف ٣٥٦/٧ حكم المذهب فقد جاء فيه .

وان كان متهما بقصد حرمانها الميراث ؛ ورثته مادامت في العدة .

وهل ترثه بعد العدة ، او ترثه المطلقة قبل الدخول ؟... على روايتين .

(١) الاحوال الشخصية ابو زهرة ص ٣١٨

(٢) قال في السرائر ص ٣٣٧ اذا طلق الرجـل امرأته وهو مريض فانها يتوارثان مادامت في العدة فاذا انقضت عدتها ورثته مابينها وبين سنة مالم تتزوج فان تزوجت فلا ميراث لها واذا زاد على السنة يوم واحد لم يكن لها ميراث ولا فرق في جميع هذه الاحكام بين ان يكون التطليقة هي الاولى او الثانية او الثالثة وسواء كان له عليها الرجعة او لم يكن فان الوراثة ثابتة بينها .

(٣) قرار محكمة التمييز السورية ١٩٥٤/٥/٣١

(٤) محكمة استئناف المنصورة دائرة الاحوال الشخصية بالزقازيق ١٩٥٨/١/٢

مرض الموت هو المرض الذي اتصل به الموت وكان من الامراض التي يغلب فيها الهلاك وان من أبان امرأته طائعاً مختاراً بلا رضاها ومات والمرأة في عدته فانها ترث منه لانه يعتبر فاراً من ارثها فيعامل بنقيض قصده ولذلك لو رضيت بالطلاق البائن في مرض الموت لاترث لانتفاء التهمة عن المطلق».

ثانياً : طلاق المرتد: اذا ارتد الزوج بانت زوجته ولا ترث منه في الاصل لان من شرائط الميراث اتحاد الدين بين الوارث والمورث الا ان الفقهاء الحقوا المرتد بحكم المريض مرض الموت واعتبروه فاراً من ميراث زوجته فيرد عليه قصده[1] .

جاء في حكم لمحكمة مصر الابتدائية الشرعية[2].

«نص الفقهاء على ان المرتد ترثه امرأته المسلمة اذا مات او قتل على ردته وهي في العدة لانه يصير فاراً وان كان صحيحاً وقت ردته».

وجعلوا حكمه حكم المريض مرض الموت اذا طلق زوجته بقصد الفرار من ارثها له ومات وهي في عدته .

...

ما نراه في هذا الموضوع :

إن الشارع اذ أعطى الزوج حق الطلاق فقد جعل من ضميره الحي رقيباً على تصرفاته فلا يطلق الا لحاجة والا كان كفراناً لنعمة الزواج التي قدسها الله.

هذه الرقابة او هذا الحكم الدياني الذي جعله الاسلام في قلب كل مؤمن كان كفيلا ان لا يطلق الزوج زوجته الا حين يعتقد ان المصلحة تقتضي ذلك اذ لم تعد الحياة المشتركة تصلح بينهما .

---

(١) فتح القدير ٣٩٢/٤ ، ١٥١/٣ .

(٢) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ٢٦ ابريل ١٩٤٨ المحاماة ص ١٩ ص ٣١٦ .

واليوم وقد بعد الناس عن دينهم ولم تعد تلك الرقابة الدينية في قلب كل منهم تعمل عملها ، لانجد مناصاً من ان يتدخل القضاء في تصرفات المكلفين .

فاذا اساء الزوج استعمال حقه كان لولي الامر ان يحول بينه وبين حقه الذي استخدمه في طريق غير صحيح . واذا لم يكن ذلك من حق ولي الامر فلم اذن يحجر على السفيه ؟ ... بل ايهما اشد خطرا على المجتمع المال أم الاسرة ؟ . وما الفرق بين سفيه يبذر أمواله فيحجر القاضي على تصرفاته وبين شخص يسيء التصرف في زواجه وطلاقه ؟ ... إذا أردنا أن نعرف الفرق بين السفيهين فلنبحث في آثار كل من سفه المال وسفه الزواج والطلاق يتبين لنا مدى الفرق بينهما ؟ ...

ان عقداً جعله الله من اوثق العقود لايجوز ان يكون ألعوبة في أيدي الناس وان مستقبل الاسر والاولاد لا يجوز ان يكون بمنأى عن تفكير المشرع ورقابته .

ونحن نقول انه اذا أساء الزوج استعمال حقه في الطلاق وجب عليه التعويض لزوجته على ان لا يتناول ذلك كل طلاق ، كالطلاق بحكم القاضي مثلا بناء على طلب الزوجة أو برضاها ، فهذا لا تعويض فيه .

بل اننا نذهب الى اكثر من هذا فنقول ان الزوجة اذا كانت تملك حق الطلاق بناء على تفويض الزوج لها ـ كما سيأتي بحثه ـ فطلقت نفسها طلاقاً تعسفياً اصاب الزوج من جرائه ضرر فيجب عليها التعويض لزوجها ، أي أن كل حالة طلقت فيها الزوجة نفسها واساءت استعمال هذا الحق بحيث لو طلقها زوجها بمثل هذه الحالة وجب عليه التعويض فاننا لا نرى مبرراً للتفرقة بين تعسف الزوج في طلاقه وتعسف الزوجة اذ في كل من الحالتين ضرر يصيب الآخر(٣) .

---

(٣) يلاحظ ان القانون التونسي لم يفرق في التعويض الذي يدفعه طالب الطلاق من الزوجين لزوجه الآخر بناء على حكم القاضي . راجع الفصل ٣١ من القانون التونسي .

ولكن الى اي حد تجب مراقبة القضاء لمثل هذه التصرفات ؟...

نحن لا نقول بتدخل القضاء لمنع الطلاق او الاذن به فهذا لا يجوز ولا نرضى به لانه فضلا عن مخالفة الشرع له فانه يتنافى مع المصلحة لان الحياة الزوجية قوامها المودة والمحبة وهي أمور نفسية لا تطولها يد القضاء .

ونرى علاج هذه الحالة بأمرين : -

١ - تنمية الروح الدينية لدى سائر طبقات الشعب ليكون على كل فرد رقيباً من ضميره ودينه ووعيه الخلقي فلا يقدم على طلاق زوجته الا اذا تيقن استحالة استمرار الحياة الزوجية بينه وبين زوجته . والاصل في الطلاق كما بينا الحظر الدياني وهذا اقوى من الحظر القضائي في نفوس تؤمن بالله وترجو ثوابه .

جاء في فتح القدير[1] - بعد ان ذكر ان الطلاق لايباح الا لحاجة - : «فان كان قادراً على طول غيرها مع استبقائها ورضيت باقامتها في عصمته بلا وطء او بلا قسم فيكره طلاقه » .

ومعنى ذلك ان الطلاق لا يكون الا بعد بذل جميع المحاولات لاستبقاء عرى الزوجية .

٢ - وعلى القضاء ان يتدخل بآثار الطلاق لان الطلاق وان كان من حق الرجل ولكنه كسائر الحقوق مقيد بما شرع له[2] فاذا ما أساء الزوج استعمال حقه كان على القضاء ان يحكم بالتعويض على مطلقته . لان في الطلاق التعسفي ضياع لمستقبل الزوجة وتفويت لفرص لها قد لا تعود . والقاضي منوط به انصاف المظلومين فعليه معاقبة من لا يحسن او يسيء التصرف سواء أكان ذلك في ماله أم في طلاقه . فمن طلق زوجته وأصابها ضرر من جراء ذلك ، او لم يكن هناك

---

(١) فتح القدير ٣/٢٢ .

(٢) مدى استعمال الحقوق الزوجية ص ٢٣٠ للدكتور السعيد مصطفى السعيد .

من سبب شرعي يدعو اليه – كما قررت محكمة التمييز السورية – فالطلاق تعسفي يجب فيه التعويض .

وفقهاؤنا حين اجمعوا على اعطاء حق الطلاق للرجل بارادته المنفردة ، انما قرروا ذلك لمن يستخدم هذا الحق في محله بشكل معقول لا يترتب عليه اضرار بالزوجة اذ لا ضرر ولا ضرار في الاسلام .

وكما يقول فضيلة الاستاذ سرحان رحمه الله[1] :

« ان الحياة الاجتماعية قد تغيرت ظروفها واحوالها عن ذي قبل فعلى المشرع ان يراعي هذا التغيير الهائل في حياتنا الاجتماعية ، والا يتقيد بما قيدنا به الفقهاء من الاحكام التي كانت تلائم بيئتهم وظروفهم » .

ونرى ان يكون هذا التعويض المتعة التي شرعها الله والتي سوف نبين احكامها وبذلك نقضي على الخلاف القائم حول اختصاص المحاكم المدنية او الشرعية بالحكم بالتعويض[2].

. . .

المتعة :

المتعة هي مبلغ من المال يدفعه الزوج لمطلقته تعويضا عما اصابها من بؤس وفاقة بطلاقه اياها[3] وقد اختلف الفقهاء في وجوبها . قال بعضهم ان المتعة

---

(١) الاحوال الشخصية ص ٢٩٠ .

(٢) التعسف باستعمال الحقوق ٤٩٦ حسين عامر .

(٣) جاء في تفسير المنار في حكمة المتعة ٢/٤٣٠ .

ان في هذا الطلاق غضاضة وايهاماً للناس ان الزوج ما طلقها الا وقد رابه منها شيء فاذا هو متعها متاعاً حسناً تزول هذه الغضاضة ويكون هذا المتاع الحسن بمنزلة الشهادة بنزاهتها والاعتراف بأن الطلاق كان من قبله أي لعذر يختص بهلا من قبلها ولا علة فيها لأن الله تعالى أمرنا ان نحافظ على الاعراض بقدر الطاقة ، فجعل هذا التمتيع كالمرهم لجرح القلب لكي يتسامع به الناس فيقال ان فلاناً اعطى فلانة كذا وكذا فهو لم يطلقها إلا لعذر وهو آسف عليها معترف بفضلها لا أنه رأى عيباً فيها او رابه شيء من امرها .

لكل مطلقة وجوباً . وقال بعضهم يندب ذلك ولا يجب وتوسط آخرون فقالوا انها تجب للمطلقة قبل الدخول اذا لم يسم لها ويندب لمن سواها .

قال الظاهرية :

المتعة لكل مطلقة :

جاء في المحلى[1] — المتعة فرض على كل مطلق واحدة او اثنتين او ثلاثاً او آخر ثلاث وطئها او لم يطأها فرض لها صداقها او لم يفرض لها شيئاً . . ويجبره الحاكم على ذلك أحب ام كره .

ودليل ذلك قوله تعالى « وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين »[2] وقوله تعالى (ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين[3]) .

فعم عز وجل كل مطلقه ولم يخص وأوجبه حقاً على كل متق يخاف الله تعالى .

وهذا قول علي والحسن وسعيد بن جبير وابن شهاب الزهري .

ولم يقدر ابن حزم المتعة بمقدار معين من المال بل ذكر ان الامر في ذلك يخضع للعرف اذ لانص في الموضوع واذا رجعنا الى صحابة رسول الله نجد ان كلا منهم قد متع حسب حاله دون تحديد وقال : « ان المتعة مردودة الى ما كان معروفاً عندهم يومئذ[4] .

وقال الشافعية :

تجب المتعة لكل مطلقة ما عدا من طلقت قبل الدخول وكان قد سمى لها مهراً فلها نصفه بنص القرآن الكريم .

جاء في مغنى المحتاج[5] للمطلقة قبل الوطء متعة على الجديد ان لم يكن لها

---

(١) المحلى ١٠/٢٤٥ .
(٢) سورة البقرة آية ٢٤١ .
(٣) سورة البقرة آية ٢٢٦ .
(٤) المحلى ١٠/٢٤٦ .
(٥) مغني المحتاج ٣/٢٤١ .

شطر مهر بان كانت مفوضه ولم يفرض لها شيء .

اما اذا فرض لها في التفويض شيء فلا متعة لها لانه لم يستوف منفعة بضعها فيكفي شطر مهرها .

وجاء فيه : وتجب المتعة لموطوءة في الاظهر الجديد سواء افوض طلاقها اليها فطلقت او علقه بفعلها ففعلت لعموم قوله تعالى : «وللمطلقات متاع بالمعروف[1]» .

واما مقدارها لدى الشافعية فقالوا يجب ان لاتزيد على مهر المثل وقيل يقدرها القاضي حسب حال الزوجين من يساره ونسبها وما يراعى في مهر المثل[2] .

واذا كان الطلاق رجعياً فلا تستحق الزوجة المتعة الا بعد انتهاء العدة لأن الرجعية زوجة للمطلق لها احكام الزوجيه ما دامت في العدة[3] .

ويشترط في وجوب المتعة ان لايكون سبب الطلاق من الزوجة[4] «كردتها مثلاً او فسخ العقد بسبب عيب فيها يجيز الفسخ سواء أكان قبل الدخول او بعده لان المهر يسقط بذلك ووجوبه اكد من وجوب المتعة بدليل انهما لو ارتدا معاً لامتعة ويجب الشطر[5]» .

وقال الاحناف :

الطلاق الذي تجب به المتعة هو ما كان قبل الدخول في نكاح لاتسمية فيه ولم يكن سبب الفرقة من قبل الزوجة والا فلا متعة لها .

اما المطلقة بعد الدخول فيستحب لها المتعة سواء سمى لها المهر ام لم يسم .

وعلى كل حال يجب ان لاتزيد المتعة عن نصف مهر المثل .

---

(١) والقول الثاني للشافعية في القديم : لا متعة للمطلقة بعد الدخول لاستحقاقها المهر ، ولأنها اذا لم تستحقها مع شطر المهر فمع كل المهر أولى . وأجيب عن ذلك بأن جميع المهر وجب في مقابلة استيفاء منفعة البضع فخلا الطلاق عن الجبر بخلاف من وجب لها النصف فان بضعها سلم لها فكان الشطر جابراً للايحاش .

(٢) نهاية المحتاج ٦/٢٤ .

(٣) تحفة المحتاج ٧/٤١٥ .

(٤) فتح الباري ٩/٤٣٥ .

(٥) مغني المحتاج ٣/٢٤١ .

جاء في متن القدوري[1] ـ وتستحب المتعة لكل مطلقة الا مطلقة واحدة وهي التي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهراً[2]. وقال الشارح : فالمتعة لها واجبه الا اذا جاءت الفرقة من قبلها .

• • •

المالكية :

وعند المالكيه قولان في المتعة اشهرهما انها مستحبه لكل مطلقه والقول الثاني انها واجبه .

جاء في شرح الخرشي [3] : « المشهور من المذهب ان المتعة وهي مايعطيه الزوج لمطلقته ليجبر بذلك الالم الذي حصل لها بسبب الفراق مستحبه .. والندب هو المشهور وقيل بالوجوب » .

وقد رجح القرطبي الوجوب ، فقال[4] : بعد ان ذكر رأي من قال بالوجوب ومن قال بالندب : « والقول الاول اولى لان عمومات الامر بالامتاع في قوله : متعوهن . واضافة الامتاع اليهن بلام التمليك في قوله : وللمطلقات متاع اظهر في الوجوب منه في الندب . وقوله : على المتقين : تأكيد لايجابها لان كل واحد يجب عليه ان يتقي الله في الاشراك به ومعاصيه ، وقد قال تعالى في القرآن : هدى للمتقين » .

---

(١) الجوهرة على القدوري ٢/١٦ .

(٢) وعلى هذا فالمطلقات :

١ - مطلقة مدخول بها قد فرض لها مهر فلها كل المفروض .

٢ - ومطلقة غير مدخول بها ولا مفروض لها فيجب لها المتعة .

٣ - ومفروض لها غير مدخول بها فلها نصف المهر المفروض .

٤ - ومطلقة مدخول بها غير مفروض لها فلها مهر مثلها بلا خلاف .

(٣) شرح الخرشي على خليل ٣/٢٧٧ .

(٤) تفسير القرطبي ٣/٢٠٠ .

واما حد المتعة فقال مالك : ليس للمتعة عندنا حـد معروف في قليلها ولا كثيرها[1] .

الحنابله :

وعند الحنابله ثلاث روايات اشهرها ان للمطلقه قبل الدخول المتعة اذا لم يسم لها مهراً وجوباً ويستحب لغيرها .

جاء في المحرر[2] : ولا متعة الا لهذه المفارقه قبل الفرض والدخول .

وعنه : تجب لكل مطلقه .

وعنه تجب للكل الا لمن دخل بها وسمى مهرها .

وقال ابو بكر من الحنابله : كل من روى عن ابي عبد الله فيما اعلم روى عنه انه لايحكم بالمتعة الا لمن لم يسم لها مهراً الا حنبلاً فانه روى عن احمد ان لكل مطلقة متاعاً .

وقال أبو بكر : والعمل عليه عندي لولا تواتر الروايات عنه بخلافها .

الجعفرية :

وقال الجعفرية : لاتجب المتعة الا للمطلقة قبل الدخول التي لم يفرض لها مهر .

جاء في مجمع البيان[3] وعندنا لاتجب المتعة إلا للمطلقة التي لم يدخل بها ولم يفرض لها مهر .

* * *

هذه احكام المتعة في الشريعة الاسلامية وهي تعويض عما اصاب الزوجة المطلقة من ايحاش زوجها ومن تضررها بالطلاق[4] .

---

(١) تفسير القرطبي ٣/٢٠١

(٢) المحرر ٣٧/٢ .

(٣) مجمع البيان ١٦٩/٢٧ .

(٤) في فتاوى النووي : إن وجوب المتعة مما يغفل النساء عن العلم بها فينبغي تعريفهن واشاعة حكمها ليعرفن ذلك مغني المحتاج ٣٤١/٣ .

ويمكن المرونة في هذا النظام طالما انه امر اجتهادي اختلف الفقهاء في وجوبه او الندب اليه من حيث ايجابه ومن حيث تقديره .

ولكننا مع ذلك نرى ان يحدد المشرع مقدار المتعة التي ترك الفقهاء امر تحديدها للعرف ولا نستحسن ترك تقديرها للقضاء خشية ان تبلغ مقداراً جسيماً ينوء به الزوج فنكون قد اعطينا الزوج حقاً بيد وسلبناه منه بيد اخرى فالمتعة يجب الا تكون مرهقة بحيث تحول دون الحق الطبيعي المشروع للزوج .

وحسنا ما فعله القانون السوري حيث نص على ان التعويض يجب الا يزيد على نفقة سنة[1] .

والى هذا ذهبت محكمة التمييز السورية ايضاً حيث قررت ان تعويض الطلاق التعسفي يجب الا يزيد عن نفقة سنه للمطلقه[2] .

★★★

(١) وقد انتقد ذلك استاذنا الدكتور السباعي وطالب ان لا تحدد بنفقة سنة بل يترك تقدير ذلك للقضاء ، الاحوال الشخصية ص ١٨٥ .

(٢) قرار محكمة التميز السورية ١٩٦١/٨/٦ .

الفصل الثالث

انواع الطلاق

المبحث الاول

الطلاق الرجعي وأحكام الرجعة:

الطلاق ثلاثة انواع : رجعى ، وبائن ببينونة صغرى ، وبائن ببينونة كبرى.

١) فالرجعى : هو الذي يملك فيه الرجل مراجعة زوجته مادامت في العدة ولو بدون رضاها لانها لا تزال زوجته .

٢) والبائن ببينونة صغرى : هو الذي يملك فيه الرجل مراجعة زوجته بعقد جديد ومهر جديد .

٣) اما البائن ببينونة كبرى : فلا يملك فيه الرجل مراجعة زوجته الا بعد ان تنكح زوجاً غيرة ويطلقها .

وسنتناول البحث في هذه الانواع :

الطلاق الرجعي :

الاصل في الطلاق ان يكون رجعياً وذلك ليتدارك المطلق امره فلعله يندم على فعله فيراجع زوجته ما دامت في العدة .

جاء في البدائع [١] : «والطلاق شرع في الاصل بطريق الرخصة للحاجة ولا حاجة الى البائن لان الحاجة تندفع بالرجعى فكان البائن طلاقاً من غير حاجة».

والدليل على ذلك ان الله لم يذكر الطلاق في القرآن الكريم الا وذكره مقروناً بالرجعة الا في حالات سوف نذكرها بعد قليل.

فقوله تعالى: «الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان». اي كل طلاق يتبعه احد الامرين الرجعة او التسريح باحسان [٢].

وقوله تعالى: «واذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف»، واذا من ادوات العموم فكأنه يقول: أي طلاق وقع من الزوج فحكمه الرجعة ما عدا الثلاثة لأن لها حكماً آخر [٣]:

وقوله تعالى: «يا ايها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة؛ وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه، لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امرا» [٤].

ومعنى قوله: «لا تخرجوهن من بيوتهن» هذا في الطلاق الرجعى حيث السكن والنفقة على الزوج بعكس الطلاق البائن [٤].

ومعنى قوله: لعل الله يحدث بعد ذلك امرا؛ الامر هنا كما ذكر المفسرون: الرجعة [٥].

والطلاق الرجعى هو ما كان بعد وطء وليس الطلقة الثالثة بلا خلاف بين الفقهاء واختلفوا في الطلاق على مال اي الخلع وجمهور الفقهاء على انه طلاق بائن

---

(١) البدائع ٣/٩٦

(٢) اغاثة اللهفان ١/٢٩٩

(٣) احكام القرآن للجصاص ٢/٤٧٠.

(٤) سورة الطلاق آية ١

(٥) فتاوى ابن تيمية ٣/١٥

(٦) زاد المعاد ٤/٥٢.

ما عدا الظاهرية حيث قالوا انه طلاق رجعي [1] .

الرجعة :

اذا طلق الزوج زوجته طلقة رجعية فله حق مراجعتها الى عصمته مادامت في العدة لأنها لاتزال زوجته [2] . وذلك بأن يقول لها راجعتك او اي لفظ آخر صريحاً كان او كناية مع النية .

وسنبحث في هذا الموضوع خمسة امور دون تطويل وهي :

(١) تعريف الرجعة .
(٢) دليلها ومصدرها .
(٣) بم تحصل المراجعة .
(٤) شرط عدم المضارة .
(٥) اعلام الزوجة بالمراجعة .
(٦) الاشهاد على المراجعة .

١ – تعريف الرجعة :

يعرف الاحناف الرجعة بأنها استدامة النكاح القائم ومنعه من الزوال [3] . فقد جاء في البحر الرائق [4] ، الرجعة : ابقاء النكاح على ما كان ما دامت في العدة .

---

(١) البدائع ٣/٩٦
(٢) التاج المذهب ٣/١٢٨
(٣) هذا مالم يطرأ على احد الزوجين سبب يفسخ العقد كردة احدهما مثلا اثناء العدة فلا تصح المراجعة حينئذ لانه مالا يجوز ابتداء لايجوز بقاء
(٤) البحر الرائق ٤/٥٤

اما الشافعية فيقولون بأن الرجعة هي رد الزوجة الى النكاح الذي زال بالطلاق فليست الرجعة استدامة النكاح القائم من كل الوجوه بل هي استدامة من وجه وانشاء من وجه بعكس الاحناف اذ النكاح عندهم قائم في العدة الرجعية من كل الوجوه .

جاء في نهاية المحتاج [1] - الرجعة : رد المرأة الى النكاح من طلاق غير بائن في العدة .

وعرف الدرديري من المالكية الرجعة : عود الزوجة المطلقة للعصمة من غير تجديد عقد [2] .

وعرف الزيدية الرجعة في التاج المذهب [3] الرد الى نكاح في عدة طلاق غير بائن .

اما الحنابلة فقالوا في الفروع [4] : من طلق بلا عوض من دخل بها ودون ما يملكه من العدد فله رجعتها ما دامت في عدتها .

(٢) دليل الرجعة ومصدرها : الكتاب والسنة والاجماع والمعقول :

الكتاب الكريم - قال تعالى : «والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن ان كن يؤمن بالله واليوم الآخر وبعولتهن احق بردهن في ذلك ان ارادوا اصلاحا».

والمراد بقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن اي بمراجعتهن [5] .

وقد اخرج مالك والشافعي والترمذي وابن جرير والبيهقي في سننه عن هشام بن عروة عن ابيه قال : «ان كان الرجل اذا طلق امرأته ثم ارتجعها قبل

---

(١) نهاية المحتاج ٦/١٤٧

(٢) شرح الدسوقي على مختصر خليل ٢/٤٨٥

(٣) التاج المذهب ٢/٢١٦

(٤) الفروع ٣/٢٢٨

(٥) تفسير الشوكاني ٢/٢٢٨

ان تنقضي عدتها كان ذلك له ، وان طلقها الف مرة فعمد رجل الى امرأته فطلقها حتى اذا مادنا وقت انقضاء عدتها ارتجعها ثم طلقها ثم قال والله لا اقربك الي ولا تحلين ابداً فأنزل الله : الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان . فاستقبل الناس الطلاق جديداً من يومئذ من كان منهم طلق ومن لم يطلق [1] » .

• • •

السنة الكريمة :

عن عمر بن الخطاب : انالنبي صلى الله عليه وسلم لما طلق حفصة جاءه جبريل فقال له راجع حفصة فانها صوامة قوامة. وقد دل هذا الحديث على جوازالرجعة لأن النبي عليه السلام لا يفعل الا ما كان جائزاً مباحاً [2] .

وكذلك روى عن ابن عمر أنه طلق زوجته وهي حائض فأمره النبي عليه السلام أن يراجعها .

والاجماع : وقد انعقد الاجماع من أن من طلق زوجته طلاقاً رجعياً فله رجعتها ما دامت في العدة [3] .

والمعقول : لأن الحاجة تمس الى الرجعة بعد أن يطلق الزوج زوجته فقد يندم على ما فعل أو يتبين له خطأ فعله ولهذا جعل له الشارع الحكيم فرصة المراجعة في الطلاق الرجعي ومما يؤكد هذا المعنى أن العدة جعلت ثلاثة أقراء مع أن براءة الرحم تعرف بقرء واحد .

---

(١) تفسير الشوكاني « فتح القدير » ٢٣١/٢

(٢) البدائع ١٨١/٣

(٣) المغنى ٤٧٠/٨

جاء في تفسير المنار في تفسير قوله تعالى[1] «وبعولتهن أحق بردهن : «هذا لطف من الله وحرص من الشارع على بقاء العصمة الأولى فأن المرأة إذا طلقت لأمر من الأمور فقلما يرغب بها الرجال ، وأما بعلها المطلق فقد يندم على طلاقها، ويرى أن ما طلقها لاجله لا يقتضي مفارقتها دائماً فيرغب في مراجعتها».

وخلاصة القول أن الشرع الإسلامي وقد انفرد بهذا النظام عن بقية الشرائع والقوانين فأعطى للزوج حق المراجعة خشية أن يكون طلاقه نتيجة وهم خاطىء فيتدارك ذلك او قد ترجع المرأة الى صوابها فتصلح اخطائها.

جاء في البدائع[2] «قد يندم الرجل اذا تبين خطأه لهذا أمره أن يطلق طلقة واحدة رجعية يسترجع ما فاته بالمراجعة إذا لم يستطع الصبر عنها مثلاً او بنى امر طلاقه على شيء تبين له فيه الخطأ والفساد».

...

٣ ـ بم تحصل الرجعة :

المراجعة بالقول :

لا خلاف بين الفقهاء أن الرجعة تصح باللفظ الصريح الدال عليها كقوله راجعتك. اما اذا كان اللفظ كناية قال الأحناف والمالكية والشافعية تصح المراجعة بلفظ الكناية مع النية ـ وقال الجعفرية والزيدية والظاهرية ورواية عند الحنابلة لا تصح المراجعة بلفظ الكناية ولو نوى .

المراجعة بالفعل :

ذهب الشافعية والظاهرية الى ان الرجعة لا تصح الا بالقول .

---

(١) تفسير المنار ٢/٣٧٤

(٢) البدائع ٣/٩٥.

وقال الأحناف والزيدية والجعفرية: تصح الرجعة بالفعل كالوطء ومقدماته من تقبيل ولمس بشهوة[1] .

وقال المالكية : تحصل الرجعة بالفعل اذا نوى الرجعة وإلا فلا .

أما الحنابلة فقالوا تصح الرجعة بالفعل على أن يطئها أما ما دون ذلك فلاتصح به الرجعة ، وفي رواية لا تصح الرجعة إلا بالقول .

أما حجة الذين ذهبوا الى أن الرجعة لا تصح بالفعل فهي :

١ - ان ابن عمر لما طلق زوجته في الحيض امره النبي عليه السلام بمراجعتها ولما كان لا يجوز قربان الزوجة اثناء الحيض فدل على ان المراجعة بالقول لا بالفعل .

ولكن هذا الدليل لا يدل على عدم جواز الرجعة بالفعل بل يثبت جواز الرجعة بالقول .

٢ - ان النكاح قد زال بالطلاق والوطء من اثار النكاح فوجب ان يزول بزوال النكاح ، لأن الرجعة عند الشافعي اعادة للنكاح الذي ازاله الطلاق لقوله تعالى : «وبعولتهن احق بردهن» والرد معناه الاعادة .

جاء في مختصر المزني[2] - فان جامعها ينوي الرجعة او لا ينويها فهو جماع شبهه ويعزران ان كانا عالمين .

وقال في المنهاج[3] : ولا تحصل بفعل كوطء.

وقال ابن حزم[4] : «لم يأت بأن الجماع رجعة .قرآن ولا سنة. ولا خلاف في

---

(١) جاء في حكم لمحكمة ابنوب الشرعية ١٩ يونية ٩٢٩ مجلة المحاماه عدد ٨ و ٩ تتم الرجعة عندنا بغير اشهاد بالقول او بالفعل في عدة الطلاق الرجعي ولو لم ترض المطلقة .

(٢) مختصر المزني ٨١/٤

(٣) مغني المحتاج ٣٣٦/٣

(٤) المحلى ٣٥٢/١٠

ان الرجعة بالكلام رجعة فلا يكون رجعة إلا بما صح انه رجعة ، وقال تعالى: «فامسكوهن بمعروف» والمعروف ما عرف به ما في نفس الممسك الراد ولا يعرف ذلك إلا بالكلام ».

وأما الذين قالوا تصح الرجعة بالفعل فقد احتجوا بما يأتي :

١ ـ ان الرجعة عند اصحاب هذا الرأي هي استدامة النكاح وليست انشاء له كما ذهب الشافعي واستدامة النكاح لا تختص بالقول ولهذا حل له الوطء لانها زوجته .

٢ ـ ان الله قد سمى الزوج بعلاً بقوله تعالى «وبعولتهن احق بردهن» وهذا دليل على بقاء الزوجية .

جاء في المبسوط[1] ـ في قوله تعالى : وبعولتهن احق بردهن انما يكون احق اذا استبد به . والبعل هو الزوج وفي تسميته بعلا بعد الطلاق الرجعي دليل بقاء الزوجية بينهما فالمباعلة هي المجامعة ففيه اشارة الى ان وطأها حلال له .

وكذلك لو قبلها بشهوة او لمسها بشهوة... لان هذه الافعال تختص بالملك للحل كالوطء فتكون مباشرته دليل استبقاء الملك .

وجاء في التاج المذهب[2] : تصح باللفظ او الفعل من وطء او مقدماته وان لم ينو لكنه يأثم اذا لم ينو .

وفي اللمعة الدمشقية[3] ـ والرجعة تكون بالقول وبالفعل كالوطء والتقبيل واللمس بشهوة .

وقال صاحب الروضه البهية في شرحه : لدلالته على الرجعة كالقول وربما كان اقوى منه . ولا تتوقف اباحته على تقدم رجعة لانها زوجته .

وقال المالكية في شرح الخرشي[4] : ولا تحصل الرجعة بفعل مجرد عن نية الرجعة

---

(١) المبسوط ٦/١٩-٢١

(٢) التاج المذهب ٢/٢٣٢

(٣) اللمعة الدمشقية ٢/١٥٤ .

(٤) شرح الخرشي ٣/٢٢٢

ولو بأقوى الأفعال كوطء وأحرى قبلة ولمس .

أما الحنابلة فقد جاء في المغني[1] : وظاهر كلام الخرقي ان الرجعة لا تحصل الا بالقول ... والرواية الثانية تحصل الرجعة بالوطء سواء نوى به الرجعة او لم ينو .

وبالرجوع الى الانصاف[2] وجدت ان المذهب هو الرواية الثانية ، فقد جاء فيه :

« وتحصل الرجعة بوطئها نوى الرجعة به أو لم ينو » .

وهذا المذهب مطلقاً وعليه جماهير الاصحاب .

...

هل تصح المراجعة بفعل من الزوجة ؟ ...

قال الاحناف : اذا جامعت الزوجة المطلقة رجعياً زوجها وهو نائم او كان مجنونا او لمسته او قبلته بشهوة فالرجعة تثبت بفعلها هذا ما دامت في العدة .

جاء في تحفة الفقهاء[3] : ولو جامعت الزوج وهو نائم او مجنون ، تثبت الرجعة .

وفي المبسوط[4] : فأما اذا قبلته بشهوة أو لمسته بشهوة تثبت به الرجعة عند ابي حنيفة ومحمد . ولا تثبت عند ابي يوسف لأن هذا الفعل من الزوج دليل استبقاء الملك وليس لها ولاية استبقاء الملك فلا يكون فعلها رجعه . وابوحنيفة

---

(١) المغني ٨/٤٨٢ .

(٢) الانصاف ٩/١٥٤ .

(٣) تحفة الفقهاء ٢/٢٦١ .

(٤) المبسوط ٦/٢١ .

ومحمد قالا : فعلها به كفعله بها فان الحل مشترك بينهما وفعلها به في حرمة المصاهرة كفعله فكذلك في الرجعة .

وفي الجوهرة[1] : «لو جامعته وهو نائم او مغمى عليه او مجنون صار مراجعاً . واذا لمسته هي ايضاً بشهوة كان رجعة عند ابي حنيفة ومحمد . وقال ابو يوسف اذا لمسته فتركها وهو يقدر على منعها فهو رجعة وان منعها ولم يتركها لم يكن رجعة» .

ونحن نرى ان التساهل في امر الرجعة حتى ولو كان من جانب الزوجه هو اقرب الى المصلحة حيث يوافق بين الزوجين ويبعد شقة الخلاف بينهما .

وليس في مراجعة الزوجة بفعلها اكراه للزوج حيث طلق ليفارق زوجته لأنه يملك ان يطلقها ثانية ان اصر على عدم العودة .

٤ ـ الرجعة بقصد المضارة :

اذا راجع الزوج زوجته بقصد المضارة لا الاصلاح والتوفيق فهل تصح هذه الرجعة ام تعتبر باطلة ؟

اذا تتبعنا آيات القرآن الكريم التي جاءت باحكام المراجعة نرى انها قيدت الزوج بمراجعة زوجته في كل موضع اباحت له ذلك كقوله تعالى : «فامساك بمعروف» وقوله : «ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا» ـ وقوله : «وبعولتهن احق بردهن في ذلك ان ارادوا اصلاحا» .

فمن راجع زوجته وفق ماجاء في القرآن الكريم فرجعته صحيحة بدون خلاف بين الفقهاء اما المراجعة بقصد تطويل العدة او المراجعة بقصد التطليق ثانية او ثالثة حتى تبين منه بينونة كبرى فهذا حرام لا يجوز لمخالفته المشروع .

وقد اختلف الفقهاء في هذا الموضع هل تصح الرجعة مع الاثم ام لا تصح لانها فقدت شرطاً من شروط صحتها حيث لم تكن بقصد الاصلاح بل بقصد المضارة .

---

(١) الجوهرة ٢/٥٠ .

قال جمهور الفقهاء : الرجعة صحيحه ويأثم الزوج ان قصد اضرار زوجته بهذه المراجعه .

وقال ابن حزم وابن تيمية وبعض الزيديه : الرجعة بقصد المضارة باطلة لمخالفتها القرآن الكريم .

قال الطبري[1] : «وان اراد ضرار المراجعة برجعته فمحكوم له بالرجعة وان كان آثماً برثائه في فعله ومقدماً على مالم يبحه الله له . والله ولي مجازاته فيما اتى من ذلك» .

ودليل الجمهور : قوله تعالى : ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه ، بعد النهي عن المراجعة ضرارا . ووجه استدلالهم بهذه الآية : انه لا يكون ظالما لنفسه الا اذا كانت رجعته صحيحة واقعة وان قصد بها الاضرار بمطلقته . اذ لو لم تكن الرجعة صحيحة وكانت لغوا لما كان هناك وجه لوصفه بأنه ظالم نفسه .

ولا ادري لماذا لا يكون ظالما نفسه اذ خالف شرع الله فيما أمره به فراجع بقصد المضارة والقرآن صريح بأن الرجعة بقصد الاصلاح لا الاضرار[2] .

وقال ابن حزم في المحلى[3] : انما يكون البعل احق بردها ان اراد اصلاحا بنص القرآن .

وقال لا يمكّن من الرجعة الا من اراد اصلاحا وامسك بمعروف فلو طلق اذن ففي تحريمه الروايات . وقال : القرآن يدل على انه لا يملك وانه لو اوقعه لم يقع كما لو طلق البائن .

ومن قال ان الشارع ملك الانسان ما حرم عليه فقد تناقض[4] .

وجاء في الاختيارات العلمية :[5] ان الله سبحانه وتعالى حرم على الرجل

---

(١) تفسير الطبري ٥٢٩/٤

(٢) فقه القرآن والسنة (حسن مأمون) ص ١٢٩ .

(٣) المحلى ٢٥٣/١٠

(٤) الفروع ٢٥٣/٣

(٥) الاختيارات العلمية ص ٢١١

ان يرتجع المرأة يقصد بذلك مضارتها بأن يطلقها ثم يمهلها حتى تشارف انقضاء العدة ثم يرتجعها ثم يطلقها قبل جماع او بعده ويمهلها حتى تشارف انقضاء العـدة ثم يرتجعها ثم يطلقها فتصير العدة تسعة أشهر .

ومعلوم ان هذا الفعل لو وقع اتفاقا من غير قصد منه بأن يرتجعها راغبا فيها . ثم يبدو له فيطلقها ثم يبدو له فيرتجعها راغبا ثم يبدو له فيطلقها لم يحرم ذلك عليه لكن لما فعله لا للرغبة لكن لمقصود آخر وهو أن يطلقها بعد ذلك ليطيل العدة عليها حرم ذلك عليه .

وفي التاج المذهب [1] : «ويحرم على الزوج قصد الاضرار للزوجة بالرجعة لمنعها من الزواج بغيره لا رغبة فيها وكذا لو تركها الى أقرب وقت لآخر العدة فيراجعها ثم يطلق ثم كذلك لئلا تنكح » .

وفي الروض النضير [2]: قال الهادي عليه السلام تحرم مراجعتها ليمنعها الزوج اذ هو اضرار بها وقد قال تعالى : لا تمسكوهن ضرارا .

وقد روى البيهقي عن مجاهد قال : الضرار ان يطلق امرأة تطليقه ثم يراجعها عند آخر يوم من الاقراء ثم يطلقها ثم يراجعها عند آخر يوم يبقى من الاقراء يضارها بذلك .

وقال الفراء [3] : في تفسير قوله تعالى : ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا : تطويله لرجعتها هو الضرار بها .

يقول ابن العربي [4] في قوله تعالى ان ارادوا اصلاحا « المعنى ان قصـد بالرجعة اصلاح حاله معها وازالة الوحشة بينهما لا على وجه الاضرار والقطع بها عن الخلاص من ربقة النكاح فذلك له حلال ، والا لم يحل له . ولما كان هذا

---

(١) التاج المذهب ٢/٢٣٥
(٢) الروض النضير ٤/١١٢
(٣) معاني القرآن ١/١٤٨
(٤) احكام القرآن ١/٢٠٠

امرا باطنا جعل الله الثلاث علما عليه ، ولو تحققنا نحن ذلك القصد لطلقنا عليه » .

والذي فهمته من هذا النص ان المانع من عدم اعتبار الرجعة التي حصلت بقصد الاضرار هو ان هذا القصد امر باطني ليس من السهل اثباته .

اما اذا ثبت الاضرار وتبين لنا أن الرجل لم يراجع زوجته الا بقصد مضارة الزوجة لا الاصلاح فالذي يفهم من كلام ابن العربي هو ان الرجعة في هذه الحالة التي تقوم القرائن على المضارة رجعة باطلة .

والآن لنتساءل اذا راجع الزوج زوجته ودون اي سبب بل قبل ان يمسها طلقها الا يعتبر هذا قرينة على قصد الاضرار لا قصد الاصلاح .

ولهذا فاني ارى انه اذا قامت القرائن لدى القاضي بأن مراجعة الزوج لزوجته لم يكن القصد منها الا الاضرار فيجب عليه اذا ما طلبت الزوجة بطلان الرجعة ان يبطلها كأن لم تكن . ومما يؤيد رأيي هذا أن احكام الرجعة جاءت بالقرآن الكريم لتبدل ما كان عليه العرب حين كانوا يطلقون ثم يراجعون للمضارة فنزلت الآية «وبعولتهن احق بردهن ان ارادوا اصلاحا » . تنسخ ما كانوا عليه .

وقد اطلعت في القانون الاندونيسي على نص قد يبدو غريبا لاول وهلة ولكنه قد ينسجم مع هذه النقطة التي نبحثها وهي قصد المضارة فقد جاء في المادة ٦٠[١] ـ اذا رفضت المطلقة المراجعة تستطيع ان ترفع شكواها الى المحكمة الشرعية اذا لزم الامر .

اي انه يشترط في المراجعة موافقة الزوجة وقد عللوا ذلك بأن الطلاق حصل اثر الخصام والنزاع بين الزوجين فاستقلال احد الطرفين بالمراجعة دون رضا الاخر معناه عودة الامور لما كانت عليه من الشقاق .

ونحن وان كنا لانوافق على ماذهب اليه هذا القانون من حيث المبدأ ولكن فيه اشارة صريحة الى ان المراجعة يجب ان تكون بقصد الاصلاح والتوفيق بين الزوجين .

---

(١) راجع رسالة عيسى سارول : الطلاق في اندونسيا .

قال الرازي في تفسيره (١) : وصيغة التفضيل « أحق » لافادة ان الرجل اذا اراد الرجعة والمرأة تأباها وجب ايثار قوله على قولها لان لها ايضاً حقا في الرجعة.

يقول استاذنا الجليل الشيخ حسن مأمون (٢) : « ونحن نميل الى رأي الجمهور اذا لم توجد قرائن ان المطلق قصد المضارة بمراجعة مطلقته والى الاخذ بقول مخالفيهم اذا وجدت هذه القرائن » .

ولا يرد على هذا النظام ان الرجل حين يراجع زوجته قد يكون ذلك دون رغبتها فيجبرها على العودة الى حياة زوجية لا ترغب فيها . فالجواب على ذلك : ان الرجل لا يملك مراجعة زوجته إلا حين يطلقها بناء على رغبته لا تحقيقاً لرغبتها المنفردة وبمعنى آخر ان المراجعة تكون حين ينفرد الزوج بالطلاق في غالب الأحوال ، بدون رغبة الزوجة فليس اذن من المضارة ان يراجعها بدون رضاها ، هذا اذا لم يقصد المضارة .

واما حين يكون الطلاق بناء على اتفاق بين الزوجين كما في الخلع او بناء على طلب المرأة التفريق من القاضي ففي هذه الحالات ان لم يكن الطلاق بائناً كان فسخاً في بعض المذاهب ، وفي جميع هذه الأحوال لا يملك الزوج المراجعة.

وخلاصة ذلك : ان الطلاق حين يكون بارادة الرجل المنفردة فالرجعة تتم ايضاً بارادته المنفردة وحين يكون بناء على طلب الزوجة وبحكم القاضي فلا رجعة إلا برضاها وبعقد جديد .

• • •

٥) الاعلام بالمراجعة (٣) :

اذا راجع الزوج زوجته بالقول فهل يشترط اعلامها بذلك فقد يغيب عنها

---

(١) تفسير الرازي ٢/٣٧٠

(٢) فقه القرآن والسنة ص ١٣٠

(٣) راجع في هذا البحث رسالة الزميل الدكتور محمد وحيد سوار : التعبير عن الادارة في الفقه الاسلامي ص ١٩٣

وهي لا تعلم المراجعة فتنقضي العدة فتتزوج ام لا يشترط ذلك لأن الرجعة استدامة للنكاح ؟..

وسأنقل اراء بعض الصحابة والتابعين[1] . ثم آراء المذاهب .

عن الحكم بن عيينة عن عمر بن الخطاب قال : في امرأة طلقها زوجها فأعلمها ثم راجعها ولم يعلمها حتى تنقضي عدتها فقد بانت منه .

وعن ابراهيم النخعي عن عمر بن الخطاب ايضاً قال : اذا طلق امرأته فأعلمها طلاقا ثم راجعها فكتمها الرجعة حتى انقضت العدة فلا سبيل له عليها .

وعن علي بن ابي طالب : اذا طلق الرجل امرأته ثم راجعها ولم يعلمها فهي امرأته اذا اشهد .

وعن سعيد بن المسيب قال: مضت السنة في الذي يطلق امرأته ثم يراجعها فيكتمها رجعتها حتى تحل فتنكح زوجا غيره فانه ليس له من امرها شيء ولكنها من زوجها الآخر .

وتبعا لاختلاف هذه الآثار فقد اختلفت آراء المذاهب في ذلك . ذهب جمهور الفقهاء الى انه يندب اعلام الزوجة بالمراجعة وقال الظاهرية والزيدية بل يجب اعلامها لئلا تتزوج .

رأي الجمهور :

جاء في مجمع الانهر[2]: ويندب اعلامها بها كيلا تقع في المعصية بالتزوج بغيره.

وقال الخرشي[4]: وكما يندب للمطلق الاشهاد على الرجعة كذلك يندب له اعلامها أيضاً .

وفي المغنى[3]: اذا راجعها وهي لا تعلم صحت المراجعة لانها لا تفتقر الى رضاها فلم تفتقر الى علمها كطلاقها .

---

(١) المحلى ١/ ٢٥٣

(٢) مجمع الانهر ١/ ٤٣٢

(٣) الخرشي ٣/ ٢٢٧

(٤) المغنى ٨/ ٤٩٨

أما الذين ذهبوا الى وجوب اعلام الزوجة حين المراجعة :

قال ابن حزم[1] : «ان راجع ولم يشهد او اشهد ولم يعلمها حتى تنقضي عدتها غائبا كان او حاضراً وقد طلقها وأعلمها وأشهد فقد بانت منه ولا رجعة له عليها الا برضاها بابتداء نكاح بولي، واشهاد وصداق مبتدأ سواء تزوجت أولم تتزوج دخل بها الزوج الثاني او لم يدخل فان اتاها الخبر وهي بعد في العدة فهي رجعة صحيحة».

ودليل ابن حزم فيما ذهب اليه: ان الله منع المضارة في المراجعة. وعدم اعلام الزوجة برجعتها هي عين المضارة كما يقول ولهذا كانت باطلة.

وقال الزيدية ! يجب اعلام الزوجة بالرجعة .

جاء في متن الازهار[2] ويجب الاشعار ويحرم الضرار .

وفي التاج المذهب : واذا راجع الرجل زوجته فانه يجب عليه الاشعار لها لئلا يقع منها نكاح بعد انقضاء العدة اذا جهلت الرجعة .

وفي الروض النضير[3]: ويجب عليه اشعارها لئلا تزوج جاهلة، فان نكحت بعد العدة جاهلة بالرجعة فقال في البحر : يكون باطلا .

وعن الحسن البصري : بل ينعقد النكاح وتبطل الرجعة . وقواه المحقق الجلال وجعل الاشعار شرطاً في استحقاق الرجعة وان نكاحها مع الجهل بكونها مزوجة ليس معصية حتى يجب عليها تخليصها من الوقوع في المحظور ، وانما فوت بعدم الاشعار حقه فيها .

ويؤيده مارواه في الامالي : عن علي عليه السلام في رجل اظهر طلاق امرأته واشهد واسر رجعتها فلما رجع وجدها قد تزوجت قال : لا سبيل له عليها من قبل انه اظهر طلاقها واسر رجعتها .

---

(١) المحلى ١٠/٢٥٣

(٢) متن الازهار ٢/٢٣٥

(٣) الروض النضير ٤/١١٢

وفي رأينا ان الاعلام اقرب الى المصلحة فيجب الاخذ به فقد تتزوج الزوجة بعد مضي عدتها وهي لاتعلم مراجعتها ولهذا فأني أرى أن ينص في القانون على وجوب اعلام الزوجة حين المراجعة والا كانت باطلة.

ولم أجد في حدود ما اطلعت عليه في قوانين الاحوال الشخصية نصا في هذا الموضوع الا في القانون الاندونوسي حيث نص في المادة ٦٠ على وجوب اعلام الزوجة بالمراجعة وذلك عن طريق الموظف المختص بالتوثيق كما يشترط موافقتها.

(٦) – الاشهاد على المراجعة :

قال الله تعالى: فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوي عدل منكم واقيموا الشهادة لله.

اختلف الفقهاء في قوله تعالى « واشهدوا » هل هو للامر والوجوب ام هو للندب والارشاد ؟.

قال جمهور الفقهاء : الاحناف والمالكية والحنابلة والشافعية لايشترط الاشهاد على المراجعة.

قال الاحناف في المبسوط [١]: والاشهاد على الرجعة يستحب عندنا.

وقال المالكية في شرح الخرشي [٢]: والمشهور ان الاشهاد على الرجعة مستحب لاواجب. ومن طلق زوجته طلاقاً رجعياً ثم راجعها واراد أن يجامعها فمنعته من ذلك الا بعد الاشهاد فان ذلك من حقها وهو دليل على رشدها ولاتكون بذلك عاصية لزوجها بل تؤجر على المنع.

وقال الحنابلة في الانصاف [٣] : وهل من شرطها الاشهاد ؟. على روايتين احداهما لايشترط وهو المذهب والثانية يشترط.

---

(١) المبسوط ١٩/٦

(٢) شرح الخرشي ٢٢٧/٣

(٣) الانصاف ١٥٢/٩

ويلاحظ ان الخرقي قدم الرواية الثانية فقد جاء فيه[1] : والمراجعة ان يقول لرجلين من المسلمين اشهدا اني قد قد راجعت امرأتي بلا ولي يحضره ولا صداق يزيده. وقد روى عن ابي عبدالله رحمه الله رواية اخرى انه تجوز الرجعة بلا شهادة .

وادلة الجمهور : أن الامر في الاية الكريمة وان كان للوجوب ولكن وجدت قرائن صرفته عن ذلك الى الندب . واستدلوا على ذلك :

١) - بحديث ابن عمر حين طلق زوجته وهي حائض فأمره النبي عليه السلام ان يراجعها ولم يطلب منه الاشهاد على ذلك .

٢) كما انهم قاسوا الرجعة على الطلاق وقالوا ان الاشهاد ليس بشرط حين الطلاق فكذلك لا يشترط حين المراجعة .

وخالف الجعفرية في ذلك فقالوا بالاشهاد على الطلاق وعدم الاشهاد على الرجعة .

جاء في اصل الشيعة[2] ولا يعتبر عندنا في الرجعة حضور الشاهدين كما يعتبران في الطلاق[3] .

وقال الظاهرية والاباضية[4] والشافعي في مذهبه القديم ورواية عن الامام احمد : ان الاشهاد شرط في المراجعة .

جاء في المحلى[5] : فان راجع ولم يشهد فليس مراجعا .

وفي نهاية المحتاج[6] وفي القديم يشترط الاشهاد لكون الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح .

---

(١) المغنى ٨/٤٨١

(٢) اصل الشيعة ص ١٦٢

(٣) يظن كثير من الكتاب ان الاشهاد شرط في الرجعة عند الجعفرية قياساً على الطلاق عندهم والحق خلاف ذلك . راجع الفرقة والزواج للدكتور مدكور ص ١٨٣

(٤) شرح النيل ٣/٤٠٦

(٥) نهاية المحتاج ٦/١٤٧

(٦) المحلى ١٠/٢١٦

واستدلوا : على ذلك .

١ – بأن الامر في الاية للوجوب .

٢ – وان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح وبما ان الاشهاد شرط فيه فوجب الاشهاد في الرجعة .

٣ – ولانه استباحة بضع مقصود فوجب الشهادة فيه كالنكاح .

وقال الشافعي في الجديد [١]: ولا يشترط لصحة الرجعة الاشهاد عليها بناء على الاصح انها في حكم الاستدامة ، بل يندب ذلك .

* * *

---

(١) نهاية المحتاج ٦/١٤٧

المبحث الثاني

الطلاق البائن بينونة صغرى

لاخلاف بين الفقهاء في ان الطلاق البائن بينونة صغرى ما كان قبل الدخول والطلاق الرجعي الذي مضت فيه العدة ولم يراجع الزوج زوجته مالم يكن مكملا للثلاث .

واما الطلاق على مال أي الخلع فالجمهور على انه طلاق بائن وقالت بعض المذاهب انه فسخ . وبعض الفقهاء قال انه طلاق رجعي وسيأتي تفصيل ذلك .

فمن طلق زوجته طلاقا بائنا بينونة صغرى واراد مراجعتها فلا يصح ذلك الا بعقد ومهر جديدين .

قال ابن حزم في المحلى [1] : ولايكون طلاقا بائنا الا في موضعين لاثالث لهما : احدهما طلاق غير الموطوءة لقوله تعالى : «ياايها الذين امنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهم من عدة تعتدونها» والثاني طلاق الثلاث مجموعة او مفرقة [2] .

وفي المنتزع المختار [3] : ورجعيه ما كان بعد وطء على غير عوض وليس ثالثا وبائنه ماخالفه ، اي ان البائن ما كان قبل الدخول وعلى مال ومكملا للثلاث .

---

(١) المحلى ١٠/٢١٦

(٢) يرى ابن حزم ان الطلاق على مال طلاق رجعي وسيأتي تفصيل ذلك في موضعه .

(٣) المنتزع المختار ٢/٣٩٢

وقال ابن تيمية في فتاويه[1]: ان كتاب الله قد بين أن الطلاق بعد الدخول لايكون إلا رجعيا وليس في كتاب الله طلاق بائن الا قبل الدخول[2].

اما الجعفرية فقالوا: الطلاق البائن اربعة أقسام[3].

١ – طلاق غير المدخول بها.

٢ – طلاق من لم تبلغ الحيض.

٣ – ومن جاوزت الخمسين.

٤ – وكل طلاق كان في مقابلة وعوض.

اما الشافعية والمالكية: فقد ذهبوا الى ماذهب اليه الزيدية وهو ان الطلاق البائن يكون في حالات ثلاث:

١ – قبل الدخول.

٢ – ما كان على عوض.

٣ – المكمل للثلاث.

وقد اضاف الاحناف على هذه الحالات:

١ – اذا وصف الطلاق بما يدل على البينونة، كقول الزوج لزوجته انت طالق طلقة بائنة.

٢ – ان تقترن صيغة الطلاق بأفعل التفضيل كقوله انت طالق أسوأ الطلاق.

٣ – ان يشبه الزوج طلاق زوجته تشبيهاً يدل على البينونة كقوله. انت طالق طلقة مثل الجبل.

---

(١) فتاوى ابن تيميه ٣/٣٣

(٢) وكذلك الطلاق المكمل للثلاث اما الطلاق على مال فهو فسخ لدى الحنابلة على الراجح وهذا ما اختاره ابن تيميه.

(٣) السرائر ص ٣٣٥

٤ ـ ان تكون صيغة الطلاق بلفظ من الفاظ الكناية وهي كل لفظ احتمل معنى الطلاق ومعنى آخر كقوله انت خليه .

هل يملك الرجل ان يجعل من الطلاق الرجعي طلاقاً بائناً ؟..

قلنا أن الاصل في الطلاق أن يكون رجعياً يملك فيه الزوج مراجعة زوجته ما دامت في العدة اما اذا مضت العدة ولم يراجعها بانت منه ولا يجوز له مراجعتها الا بعقد جديد ان كانت الفرقة بينونة صغرى .

ولكن هل يملك الرجل أن يطلق زوجته طلاقاً بائناً وبمعنى آخر هل له أن يجعل من الطلاق الرجعي طلاقاً بائناً أم لا يملك ذلك ؟..

قال الاحناف : اذا وصف الزوج الطلاق بالبينونة أو بالشدة أو بما يدل على الانفصال كان الطلاق بائناً ـ كما ذكرنا ـ فلو قال الزوج لزوجته انت طالق بائن أو انت طالق أشد الطلاق كان الطلاق بائناً لا رجعة فيه [١] .

وقال جمهور الفقهاء ان وصف البينونة ليس ملكا للمكلف بل هو من عمل الشارع فليس للمرء حق تغيير ماشرعه الله مهما اسبغ عليه من الاوصاف فما جاء به الشارع الكريم على انه بائن فهو بائن وما جاء به على انه رجعي فهو رجعي [٢] .

قال ابن تيمية [٣] ولو قال لامرأته انت طالق طلقة بائنة لم يقع بها الا طلقة رجعية كما هو مذهب اكثر العلماء وهو مذهب مالك والشافعي واحمد في ظاهر مذهبه به . وكل طلاق بغير عوض لا يقع الا رجعياً .

---

(١) الاحوال الشخصية ابو زهرة ٣٠٨

(٢) قال ابن رشد في بداية المجتهد في بحثه الطلاق الثلاث ٢/٣٧ وسبب الخلاف هل الحكم الذي جعله الشرع من البينونة للطلقة الثالثة يقع بالزام المكلف نفسه هذا الحكم في طلقة واحدة ام ليس يقع ولا يلزم من ذلك إلا ما ألزم الشرع. فمن شبه الطلاق بالافعال التي يشترط في صحة وقوعها كون الشروط الشرعية فيها كالنكاح والبيوع قال: لا يلزم . ومن شبهه بالنذور والايمان التي ما التزم العبد منها لزمه على اي صفة كان الزم الطلاق كيفما الزمه المطلق نفسه .

(٣) فتاوى ابن تيمية ٣/٣٣

جاء في المحرر[1] : ولو قال انت طالق طلقة بائنة وقعت رجعية .

وقال في البحر الزخار[2] : ولو قال للمدخول بها انت طالق واحدة بائنة وقعت رجعية اتفاقاً .

ونقل الطحطاوي عن الرملي[3] - سئل عن رجل قال لزوجته انت طالق لايردك قاض ولا وال ولا عالم هل يكون بائناً أو رجعياً أجاب : هو رجعي ولا يملك اخراجه عن موضوعه الشرعي بذلك .

والخلاصة ان الاحناف يرون ان الزوج يملك ان يجعل من الطلاق الرجعي طلاقاً بائناً اذا وصفه بما يدل على الشدة او البينونة وحجتهم في ذلك : ان الرجعة ملك الرجل فهو يملك اسقاطها . وان الشارع أعطى الزوج حق الطلاق مطلقاً ولم يوجد مايقيده والدليل على هذا الاطلاق ان المذاهب الاربعة تجيز الطلاق الثلاث وهو البينونة الكبرى فأولى ان يجوز الطلاق البائن ببينونة صغرى .

ولكننا نرى مع الجمهور انه لايجوز للمكلف ان يغير شرع الله فالرجعة نظام شرعه الله ليحقق هدفاً معيناً هو أن يتلافى الزوج ما قد يندم عليه فيما لو اطلع على شيء كان بامكانه لو عرفه ان يعدل عن الطلاق فهذه الفرصة لايجوز للمرء ان يفوتها بمجرد ارادته .

وقولهم أن الرجعة حق للزوج ومن ملك حقاً ملك اسقاطه ليس صحيحاً اذا ماعرفنا ان للزوجة حقوقاً ايضاً بالطلاق الرجعي لايملك الزوج اسقاطها كالنفقة والسكنى لان المطلقة رجعياً لها النفقة والسكنى بعكس المطلقة بائناً .

واما قولهم ان من ملك البينونة الكبرى في الطلاق الثلاث اولى ان يملك

---

(١) المحرر ٢/٥٥

(٢) البحر الزخار ٣/٢٠٣

(٣) الطحطاوي على الدر ٢/١٠١

البينونة الصغرى فسوف نناقش هذا الرأي في البحث الآتي لنرى هل يملك الزوج ان يطلق زوجته ثلاث طلقات أي هل يملك البينونة الكبرى ؟.

ولهذا فاننا نرى ان كل طلاق ما عدا قبل الدخول والمكمل للثلاث هو رجعي ولا يملك المكلف تغيير ما شرع الله [1].

قال الامام احمد [2] – تدبرت القرآن فاذا كل طلاق فيه فهو الطلاق الرجعي – يعني طلاق المدخول بها – غير قوله : فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره .

* * *

(١) فتاوى ابن تيميه ٣/١٣

المبحث الثالث

الطلاق البائن بينونة كبرى

ذكرنا ان الطلاق الرجعي هو ما كان بعد الدخول ولم يكن مكملاً للثلاث على خلاف بين الفقهاء .

اما اذا طلق الزوج زوجته الطلقة الثالثة فانها تبين منه بينونة كبرى بحيث لايجوز له مراجعتها الا بعد ان تنكح زوجاً غيره بعقد شرعي ويطلقها طلاقاً شرعياً وذلك لقوله تعالى: فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره[1] . وعلى هذا فالبينونة الكبرى تكون في الحالة التي يطلق فيها الزوج زوجته آخر الطلقات الثلاث التي يملكها .

أما اذا طلقها بلفظ الثلاث مرة واحدة او بالفاظ متكررة في مجلس واحد أو في عدة واحدة فهذا بحث تناوله الفقهاء منذ زمن طويل بالبحث والدراسة وقد رغبت أن ادلي دلوي مع هذه الدلاء .

ولما كان مصدر نظام الطلاق في الاسلام القرآن والسنة فقد رجعت الى الآيات الكريمة التي جاءت في هذا البحث ثم الى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، كما استعرضت آراء الفقهاء والمذاهب منذ عصر الصحابة حتى يومنا هذا، لأن الخلاف في موضوع الطلاق الثلاث لايزال قائماً تتناوله اقلام الفقهاء والكتاب .

وكان لابد لي من الرجوع الى قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية لمتابعة هذا الموضوع وخاصة ما طبق منه القضاء في مختلف المحاكم .

---

(١) اما مايفعله بعض العامة اليوم من التحليل فلا اصل له وذلك ان يتزوج شخص مطلقة ثلاثا ليحلها لزوجها الاول اذا ماطلقها وهذا لايجوز في شريعة الاسلام لان للزواج اهدافاً مثلى وان التوقيت فيه يفسده .

الفرع الأول

الطلاق الثلاث في القرآن الكريم

ما ذهب اليه المفسرون :

قال الجصاص في أحكام القرآن [١] ــ ان حكم الطلاق مأخوذ من آيات في الكتاب الكريم لولاها لم يكن الطلاق من أحكام الشرع .

قال الله تعالى في سورة البقرة [٢] : ـ الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان، ولا يحل لكم ان تأخذوا مما اتيتموهن شيئاً الا ان يخافا الا يقيما حدود الله فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ،تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فاولئك هم الظالمون ، فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » .

وسبب نزول هذه الآية [٣] : كما يذكر المفسرون مارواه هشام بن عروة عن ابيه قال : كان الرجل يطلق ما شاء ثم ان راجع امرأته قبل ان تنقضي عدتها كانت امرأته فغضب رجل من الانصار على امرأته فقال لها لا اقربك ولا تحلين مني. قالت له كيف ؟ قال : اطلقك حتى اذا دنا اجلك راجعتك ثم اطلقك فاذا دنا اجلك راجعتك قال : فشكت ذلك الى رسول الله فانزل الله تعالى

---

(١) احكام القرآن ١/٣٨٠

(٢) سورة البقرة آية ٢٢٩

(٣) تفسير الطبري ٢/٢٥٤ تفسير البحر المحيط ٢/١٩٠ تفسير الرازي ٢/٢٥٢ تفسير الطبرسي ٢/١٣٧ والحديث المذكور جاء في كتب الاحاديث رواه الترمذي ٢/٢١٩ وفي الموطأ ص ٥٨٨ كما رواه البيهقي في سننه ٧/٣٣٣ .

قوله : الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان .

وقال آخرون : انما انزلت هذه الآية على رسول الله تعريفاً من الله تعالى ذكره عباده سنة طلاقهم نساءهم اذا ارادوا طلاقهن لا دلالة على القدر الذي تبين به المرأة من زوجها .

وتبعاً لاختلاف المفسرين في اسباب النزول اختلفوا في تأويل هذه الاية وهل انزلت لبيان الطلاق المشروع وكيف يجب ان يكون مرة بعد مرة على التفريق دون الجمع ام ان المراد منها بيان عدد الطلاق الرجعي وأنه مرتان ولا رجعة بعد ثلاث .

قال الفخر الرازي (١) . اختلف المفسرون في أن هذا الكلام حكم مبتدأ أو هو متعلق ما قبله .

قال قوم : انه حكم مبتدأ ومعناه : ان التطليق الشرعي يجب ان يكون تطليقه بعد تطليقه على التفريق دون الجمع والارسال دفعة واحدة (٢) .

وهذا التفسير هو قول من قال : ان الجمع بين الثلاث حرام .

وزعم (٣) ابو زيد الدبوسي في الاسرار ان هذا هو قول عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعمران بن الحصين وابي موسى الاشعري وابي الدرداء وحذيفة .

والقول الثاني : ان هذا ليس ابتداء كلام بل هو متعلق بما قبله والمعنى : ان الطلاق الرجعي مرتان ولا رجعة بعد الثلاث . وهذا التفسير هو قول من جوز الجمع بين الثلاث (٤) .

---

(١) تفسير الرازي ٢/٢٥٢

(٢) وقال في البحر المحيط ٢/١٩٤ : وهو مذهب ابي وجاعة من الصحابة .

(٣) يستعمل الفخر الرازي كلمة زعم بمعنى ذكر حين ينقل آراء المذاهب ولا يقصد معناها اللغوي .

(٤) الذي جوز الجمع بين الثلاث هو الامام الشافعي وسيأتي ذكر مذهبه عند الكلام على آراء المذاهب .

وقال الطبرسي [١] - في تفسير هذه الآية :

ان الآية نزلت لبيان عدد الطلاق الذي يوجب البينونة مما لايوجبها . وفي الآية بيان انه ليس بعد التطليقتين الا الفرقة البائنة .

وقال القرطبي : [٢] - «أنزل الله تعالى هذه الآية بيانا لعدد الطلاق الذي للمرء فيه أن يرتجع زوجته دون تجديد مهر ، ونسخ ما كانوا عليه» .

وقال بمعناه عروة بن الزبير وقتادة وغيرهم .

وقال ابن مسعود وابن عباس ومجاهد وغيرهم : المراد بالآية التعريف بسنة الطلاق ، اي من طلق اثنتين فليتق الله في الثالثة ، فاما تركها غير مظلومة شيئا من حقها ، واما امسكها محسنا عشرتها . والآية تتضمن هذين المعنيين .

وعلى هذا فالذي فسر هذه الآية بأن المراد منها بيان الطلاق المشروع [٣] :

عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبدالله بن عمر وعمران بن الحصين وأبي موسى الاشعري وابي موسى الاشعري وابي الدرداء وحذيفة ومجاهد .

ومن ذهب الى ان المراد بالآية بيان الطلاق الذي فيه الرجعة :

عروة بن الزبير وقتادة [٤] .

ونحن نختار الرأي الاول الذي ذهب اليه جمهور الصحابة لظاهر الاية وخاصة سياق الترتيب ، ولاسباب النزول ، ولان احكام الرجعه

---

(١) مجمع البيان ٢/١٢٧ وقد رجعنا الى طبعة دار التقريب بين المذاهب وهي النسخة المحققة التي ظهرت حتى الان .

(٢) احكام القرآن ٣/١٢٦ .

(٣) ونلاحظ هنا ان لفظ السني والمشروع مترادفان في هذا الموضوع فهما في معنى واحد بدليل اقوال المفسرين الذين نقلت عنهم . فتارة ينقلون رأي ابن عباس ومجاهد وابن مسعود بلفظ الطلاق السني كما في تفسير القرطبي وتارة ينقلون آرائهم بلفظ الطلاق المشروع كما في تفسير الرازي وعلى كل فالمراد بكلا التعبيرين : الطلاق كما جاء في القران الكريم وقد قال الرازي : ليس في الآية بيان صفة السنة ، راجع تفسير الرازي ٢/٢٥٢ . وتحقيق معنى السنة للاستاذ سليمان الندوي . المطبعة السلفية .

(٤) تفسير البحر المحيط ٢/١٩١ .

التي قال الفريق الاخير أن الآية نزلت لاجلها قد جاءت بالاية السابقة بقوله تعالى : وبعولتهن احق بردهن[1] .

وقد أجاب الرازي على هذا الرأي[2] « بان الشارع وان اتى باحكام الرجعه بالآية السابقة ولكنها مجملة تفتقر الى بيان أوهى كالعام يحتاج الى تخصيص فجاءت آية الطلاق مرتان تفصل المجمل وتخصص العام وتبين ان الطلاق الذي يثبت فيه للزوج حق الرجعة هو أن توجد طلقتان فقط واما بعد الطلقتين فلا يثبت له حق الرجعة » .

ولكني اقول لشيخ المفسرين بأن الرجعة هي من أحكام الطلاق ، فكل طلاق رجعي يترتب عليه رجعه ، وعلى هذا فبيان عدد الطلاق المشروع هو في الوقت ذاته بيان لعدد الرجعات لكل من الطلقات فقوله تعالى : الطلاق مرتان اي له رجعتان والطلقة الثالثة لارجعة فيها لانه قال فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره .

. . .

وكما اختلف المفسرون في تأويل سبب نزول الآية الكريمة : الطلاق مرتان هل هي لبيان الطلاق المشروع ام لبيان الطلاق الذي يملك فيه الزوج الرجعة . اختلفوا في معنى قوله تعالى : أو تسريح باحسان .

وفي رأيي ان كلا التأويلين السابقين لابد ان يعتمد على تفسير صحيح لكلمة التسريح وما المراد منها .

قال القرطبي[3] ـ والتسريح يحتمل لفظه معنيين :

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨ « والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن ان يكتمن ماخلق الله في ارحامهن ان كن يؤمن بالله واليوم الآخر وبعولتهن أحق بردهن في ذلك ان أرادوا اصلاحاً ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة والله عزيز حكيم » .

(٢) تفسير الرازي ٢/٢٥٢

(٣) تفسير القرطبي ٣/١٢٦ .

١) تركها حتى تتم العدة من الطلقة الثانية وتكون أملك لنفسها. وهذا قول السدي والضحاك .

٢) ان يطلقها ثالثة فيسرحها . وهذا قول مجاهد وعطاء وغيرهما .

وقال الرازي[١]: لفظ التسريح بالاحسان لا اشعار فيه بالطلاق لانا لو جعلنا التسريح هو الطلقة الثالثة لكان قوله : فان طلقها طلقة رابعة وأنه غير جائز .

وقال الطبري[٢]: وقال السدي : اذا طلق واحدة او اثنتين اما ان يمسك - ويمسك يراجع - بمعروف واما سكت عنهـــا حتى تنقضي عدتها فتكون احق بنفسها .

وقال الضحاك : التسريح باحسان : ان يدعها حتى تمضي عدتها .

ويقول الطبري : وكأن قائلي هذا القول الذي ذكرناه عن السدي والضحاك ذهبوا الى ان معنى الكلام الطلاق مرتان فامساك في كل واحدة منها لهن بمعروف او تسريح لهن باحسان .

ويقول : وهذا مذهب مما يحتمله ظاهر التنزيل لولا الخبر الذي ذكرته عن النبي صلى الله عليه وسلم عن ابي رزين فان اتباع الخبر اولى بنا من غيره .

مما تقدم نرى ان الطبري يقرر أن معنى التسريح كما يقتضيه ظاهر التأويل ان يكون تركها حتى تنقضي عدتها لولا الحديث .

والحديث كما رواه الطبري : عن ابي رزين « قال: جاء رجل الى النبي فقال يارسول الله ارأيت قوله تعالى الطلاق مرتان فأين الثالثة قال: امساك بمعروف او تسريح باحسان » .

---

(١) الرازي ٢/٢٥٣ ويقول : لوحملنا التسريح على ترك المراجعة كانت الاية متناولة لجميع الاحوال لانه بعد الطلقة الثانية اما ان يراجعها وهو المراد بقوله فامساك بمعروف اولايراجعها بل يتركها حتى تنقضي العدة وتحصل البينونة وهو المراد بقوله او تسريح باحسان او يطلقها وهو المرادبقوله : فان طلقها فكانت الاية مشتملة على كل الأقسام .

(٢) الطبري ٢/٢٦٠.

وهذا الحديث كما ترى مرسل غير موصول لاحجة فيه . لان ابا رزين الاسدي تابعي وليس صحابياً والمرسل لاحجة فيه لانه عن راو مجهول[1].

وفي هذا يقول ابن العربي[2] « وورد في ذلك حديث ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : التسريح باحسان هي الطلقة الثالثة ولم يصح » .

وقال الزمخشري في الكشاف[3] : « قوله فامساك بمعروف او تسريح باحسان ، تخيير لهم بعد ان علمهم كيف يطلقون ، بين ان يمسكوا النساء بحسن العشرة والقيام بواجبهن وبين ان يسرحوهن السراح الجميل » .

وخلاصة ماذهب اليه المفسرون : ان الطلاق يجب ان يكون مرة بعد مرة وعقب كل مرة اما امساك بمعروف أو تسريح باحسان . ومعنى الامساك الرجعة ومعنى التسريح ترك الرجعة اي تركها حتى تمضي عدتها فاذا راجعها كانت عنده على تطليقتين فان بداله ان يطلقها مرة ثانية كان الحكم كالطلقة الماضية وفي هذه المرة اذا راجعها بالعدة او بعقد جديد بعد انتهاء العدة وعاد فطلق فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره[4] :

الفرع الثاني

الطلاق السني والبدعي

بعد ان ذكرنا اراء المفسرين في قوله تعالى الطلاق مرتان وعرفنا اسباب

---

(١) نظام الطلاق ص ٣٤ .

(٢) احكام القرآن ١/١٩١ .

(٣) تفسير الكشاف ١/٢٦٧ .

(٤) ذكر الجصاص في احكام القرآن ١/٩٩ ؛ ان هذه الآية اشتملت على عدة احكام : ١) ان مسنون الطلاق التفريق بين اعداد الثلاث اذا أراد ان يطلق ثلاثا ٢) ان له ان يطلق اثنتين في مرتين ٣) مادون الثلاث تثبت معه الرجعة ٤) نسخ الزيادة على الثلاث .

النزول وما ذهب اليه الصحابة مما فهموه من هذه الآية الكريمة وكيف ان الطلاق يجب ان يكون مرة بعد مرة لان في الآية اخباراً بمعنى الامر سنبحث امرين في هذا الموضوع : ـ

١) هل ايقاع الثلاث محرم ديانة بمعنى انه يقع مع الاثم .

٢) ام انه لايقع لانه غير مشروع .

هل ايقاع الثلاث محرم ديانة ام قضاء :

ذهب جمهور الفقهاء الى ان الطلاق اذا زاد على الواحدة فهو طلاق بدعي محرم لان الطلاق المسنون[١] هو ان يطلق الزوج زوجته طلقة واحدة في عدة واحدة .

وخالف بذلك الشافعي وابن حزم فقالوا لابدعة في العدد وان للرجل ان يطلق زوجته طلقة او طلقتين او ثلاث دون حظر .

وذهب الاحناف الى تسمية الطلاق السني الى حسن وأحسن فالحسن عندهم ان يطلق الزوج زوجته طلقة واحدة في كل طهر حتى تبين بالطهر الثالث والاحسن ان يطلقها طلقة واحدة رجعية ثم يتركها حتى تمضي عدتها .

ونحن سوف نذكر بصورة موجزة آراء جمهور الفقهاء في الطلاق السني والبدعي دون تفصيل ، ونناقش رأي الشافعية وابن حزم وما ذهب اليه الاحناف .

اما اراء الفقهاء فقد ذهب المالكية كما جاء في مواهب الجليل[٢] :

يكره ايقاع ما زاد على الواحدة .

وقال اللخمي : ايقاع اثنتين مكروه والثلاث ممنوع .

وقال في الشامل : وفي منع الثلاث وكراهتها كالاثنتين قولان .

---

(١) قال السندي في حاشيته على سنن النسائي ١٤٠/٦ : طلاق السنه بمعنى ان السنة قد وردت باباحتها لمن احتاج اليها لابمعنى انها من الافعال المسنونة التي يكون الفاعل مأجوراً بأتيانها

(٢) مواهب الجليل ٣٩/٣ .

واقتصر في اللباب على القول بالتحريم وقال : والثلاث حرام .

وقال في المدونة : ويكره ان يطلقها ثلاثاً في مجلس واحد ، وفي كل طهر طلقه فان فعل لزمه .

لكن قال الرجراجي : مراده بالكراهة التحريم .

ومذهب الحنابلة ان جمع الثلاث حرام كما ذهب اليه مالك ، وهناك رواية عن احمد بعدم التحريم كما ذهب الشافعي .

جاء في الانصاف [1] . وان طلقها ثلاثاً في طهر لم يصبها فيه ، كره وفي تحريمه روايتان .

احداهما : يحرم . وهو المذهب وعليه جماهير الاصحاب .

والرواية الثانية : ليس بحرام اختارها الخرقي .

وجاء في المغنى [2] — اختلفت الرواية عن احمد في جمع الثلاث فروى عنه أنه محرم — والرواية الثانية ، ان جمع الثلاث طلاق بدعه محرمه .

أدلة من قال ان الطلاق الثلاث بدعى محرم :

استدل الجمهور على رأيه بتحريم جمع الطلقات بما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية والقياس والاجماع والمعقول .

١) القرآن الكريم :

ذكرنا رأي المفسرين في قوله تعالى الطلاق مرتان وكيف أنه يقتضى التفريق بينها ، ولا أريد الإعادة ولكن سأذكر رأيهم مختصراً في هذا الدليل .

قالوا إن الله أمرنا أن نفرق الطلقات فلو طلقنا اكثر من طلقة لماجاز ان

---

(١) الانصاف ٨/٤٥١ .

(٢) المغني ٨/٢٤٠ .

(٤) قال السندي في حاشيته على سنن النسائي ٦/١٤٠ : طلاق السنه بمعنى ان السنة قد وردت باباحتها لمن احتاج اليها لا بمعنى انها من الافعال المسنونة التي يكون الفاعل مأجوراً بأتيانها

يقال طلق مرتين كما لودفع رجل الى آخر درهمين فلا يقال أنه أعطاه مرتين انما يقال اعطاه مرة واحدة درهمين فاذا مافرق الدفع فدفع مرتين قيل أنه أعطاه مرتين .

قال الشوكاني في فتح القدير[1] — انما قال سبحانه : مرتان ولم يقل طلقتان اشارة الى انه ينبغي ان يكون الطلاق مرة بعد مرة لاطلقتان دفعة واحدة .

فقوله تعالى : الطلاق مرتان وان كان ظاهره الخبر ولكن معناه الامر كقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن. اي ليتربصن—وقوله تعالى: والوالدات يرضعن أولادهن اي ليرضعن .

وقوله عليه السلام : الصلاة مثنى مثنى ، والتشهد في كل ركعتين ، فهذه كلها صيغة الخبر والمراد بها الامر بالصلاة والتشهد على هذه الصفة .

وبما ان قوله تعالى الطلاق مرتان خبر في معنى الامر أصبح معنى الآية : اذا طلقتم فطلقوا مرتين — والامر بالشيء نهي عن ضده ويكون المعنى : لاتطلقوا اكثر من مرة ان اردتم الطلاق . ففي الآية اذن امر بتفريق الايقاع ونهى عن الجمع في مرة واحدة .

وفي هذا يقول الجصاص: « واولى الاشياء حمله على الامر اذ قد ثبت انه لم يرد به حقيقة الخبر لانه يصير حينئذ بمعنى قوله : طلقوا مرتين متى أردتم الطلاق — وذلك يقتضي الايجاب وانما ينصرف الى الندب بدلالة[2] » .

فان قيل اذا طلق طلقتين دفعة واحدة ثم طلق ثالثة الا يعد هذا تفريقاً للطلاق ويعتبر مرتان ؟. والجواب : اننا امرنا ان نفرق بين كل طلقة وطلقة لابين الطلقتين دفعة واحدة وبين الثالثة بدليل قوله تعالى : فامساك بمعروف أو تسريح باحسان — اي أن الواجب بعد كل طلقة احد الامرين : الامساك

---

(١) فتح القدير (تفسير الشوكاني) ١/٢١٢ .

(٢) احكام القرآن ١/٤٩٤.

أو التسريح فاذا طلقنا طلقتين مرة وطلقة مرة ثانية فلايجوز الامساك بعد هذه الطلقة التي وان اعتبرت للمرة الثانية ولكنها طلقة ثالثة .

روى الطبري عن عكرمة [1] «الطلاق مرتان بينهما رجعة فان بدا له ان يطلقها بعد هاتين فهي ثالثة وان طلقها ثلاثاً فقد حرمت حتى تنكح زوجاً غيره» .

٢ ـ السنة الكريمة :

واستدلوا بالسنة بما رواه النسائي عن محمود بن لبيد قال : أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً فغضب ثم قال : أيلعب بكتاب الله عز وجل وأنا بين أظهركم – حتى قام رجل وقال يارسول الله الا أقتله ؟.. [2]

فدل على ان الطلاق الثلاث لايجوز لأنه تلاعب بكتاب الله وفهم غير صحيح لما أراده الشارع وأمر به من وجوب التفريق بين الطلقات .

٣ ـ القياس :

وأما القياس فقد جاء في المغني [3] : «ولأنه تحريم للبضع بقول الزوج من غير حاجة فحرم كالظهار بل هذا أولى لأن الظهار يرتفع تحريمه بالتكفير وهذا لا سبيل للزوج الى رفعه بحال . ولانه ضرر واضرار بنفسه وبامرأته من غير حاجه . فيدخل في عموم النهي وربما كان وسيلة الى عوده اليها حراماً أو بحيلة لا تزيل التحريم . ووقوع الندم وخسارة الدنيا والآخرة فكان اولى بالتحريم من الطلاق في الحيض الذي ضرره بقاؤها في العـدة اياماً يسيرة أو

---

(١) تفسير الطبري ٢/٢٥٢.

(٢) زاد المعاد ٤/٥١ وسيأتي شرح هذا الحديث.

(٣) المغنى ٨/٢٤١ .

الطلاق في طهر مسها فيه الذي ضرره احتمال الندم بظهور الحمل. فان ضرر جمع الثلاث يتضاعف على ذلك اضعافاً كثيرة فالتحريم ثم تنبيه على التحريم ههنا.

٤ ـ الاجماع :

وقال ابن قدامة : وهو يشير الى تحريم جمع الطلقات الثلاث : ولأنه قول من سمينا من الصحابة ... ولم يصح عندنا في عصرهم خلاف قولهم فيكون ذلك اجماعاً »[١].

* * *

٥ ـ المعقول :

ان عقد النكاح عقد مقدس شرعه الله لعباده ليكون وسيلة للتناسل والتكاثر والتحابب والتعاطف والطلاق هو ابطال لهذه المصالح ولهذا كان الأصل فيه الحظر لما فيه من فوات الفوائد الدينوية والآخروية على الزوج والزوجة والمجتمع ، ولهذا يجب ان يكون في حدود ضيقة ونطاق غير واسع ، فاذا كانت الطلقة الاولى او الواحدة تبين الزوجة فأي حاجة الى اكثر من هذا ؟[٢].

ان الشارع حين شرع الطلاق جعله رجعياً لتكون فترة العدة فرصة يجرب فيها كل من الزوجين حياة البعد عن شقه الآخر فقد يندم احدهما أو كلاهما أو قد يظهر لدى الزوج ان السبب الذي دعاه للطلاق لم يكن صحيحاً ولهذا كان الاصل في الطلاق انه رجعي كما ذكرنا في موضعه.

فاذا ما طلق اكثر من طلقة فقد فوت على نفسه ما أراد الله أن يوسعه عليه وهذا خلاف المعقول من الشرع لان الزواج شرعه الله على ايسر

---

(١) المغني ٨/٢٤١.
(٢) البدائع ٢/٩٤.

وجه رفقاً بالزوجين فالطلاق الثلاث هو تضييق وارهاق بدون فائدة .

الطلاق السني والبدعي لدى الأحناف

يقسم الاحناف الطلاق السني الى قسمين : أحسن وحسن ، فالسنى الاحسن : ان يطلق الرجل زوجته طلقة واحدة رجعية ثم يتركها حتى تمضي عدتها . والسنى الحسن ان يطلق الرجل زوجته في كل طهر طلقة . أما البدعي فهو ماخالف ذلك.

جاء في الهداية [1] – الطلاق على ثلاثة اوجه حسن وأحسن وبدعى فالأحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها والحسن هو طلاق السنة [2] ، وهو ان يطلق المدخول بها ثلاثاً في ثلاثة أطهار » .

هذا في حق ذوات الاقراء . اما في حق غيرهن من المطلقات فقد جاء في في تحفة الفقهاء [3] : فأما في حق الأيسه والصغيرة فطلاق السنة أن يفصل بين كل تطليقة بشهر بالاجماع [4] – وفي حق الممتدة طهرها ألا يطلق للسنة ، الا واحدة .

واما في حق الحامل : فقال ابو حنيفة وأبو يوسف : يطلق ثلاثاً للسنة ويفصل بين كل طلاقيها بشهر .

---

(١) الهداية ٣/٢٢ .

(٢) جاء في فتح القدير ٣/٢٣ تعليقاً وشرحاً على قول صاحب الهداية والحسن طلاق السنة : ان كلا منها طلاق السنة فتخصيص هذا باسم طلاق السنة لاوجه له والمناسب تمييزه بالمفضول من طلاق السنة .

وقال الجصاص في احكام القرآن ١/٤٤٩ - اختلف اهل العلم في طلاق السنة لذوات الأقراء فقال اصحابنا : احسن الطلاق أن يطلقها اذا طهرت قبل الجماع ثم يتركها حتى تنقضي عدتها .

(٣) تحفة الفقهاء ٢/٢٥٣.

(٤) قوله بالاجماع اي في المذهب بدليل الخلاف الآتي ذكره بين ابي حنيفة واصحابه .

وقال محمد وزفر : لايطلق للسنة الا واحدة .

اما البدعي : فيكون في حالتين : ١) ان يطلق الرجل زوجته اكثر من طلقة سواء في مجلس واحد او في طهر واحد دون تخلل رجعة بينهما .

٢) ان يطلق ثلاث طلقات دفعة واحدة .

قال في متن الكنز [١] ـ وثلاثاً في طهر او بكلمة بدعى .

وقال في تنوير الابصار [٢] ـ والبدعى ثلاث او اثنتان بمرة او مرتين في طهر واحد وطئت فيه .

وقد روى عن الامام زيد ما يوافق مذهب الاحناف خلافاً لمذهب الزيدية :

جاء في الروض النضير [٣] عن زيد انه قال: طلاق السنة طلاقان طلاق تحل له وان لم تنكح زوجاً غيره وطلاق لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره . أما التي تحل له فهو ان يطلقها واحدة وهي طاهرة من الجماع والحيض ثم يمهلها حتى تحيض ثلاثاً فاذا حاضت ثلاثاً فقد حل أجلها وهو احق برجعتها ما لم تحض ثم تغتسل من آخر حيضة . فاذا اغتسلت كان خاطباً من الخطاب فان عاد فتزوجها كانت معه على تطليقتين مستقبلتين .

واما الطلاق الذي لاتحل له حتى تنكح زوجاً غيره فهو ان يطلقها في كل طهر تطليقة وهو احق برجعتها مالم تقع التطليقة الثالثة فاذا طلقها التطليقة الثالثة لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ويبقى عليها من عدتها حيضة .

---

(١) الزيلعي ٣/ ١٩ وقال الشارح وكذلك الثنتان في طهر واحد او بكلمة واحدة ثم قال : واراد بقوله ثلاثاً في طهر اذا لم يتخلل بين التطليقتين رجعه وان تخللت فلا يكره .

(٢) تنوير الأبصار ٢/ ٣٤٠ .

(٣) الروض النضير ٤/ ٤٠١ .

ونحن نناقش الاحناف فيما سموه بالطلاق السني الحسن والذي خالفوا به جمهور الفقهاء لنرى الدليل الذي استدلوا به وذلك لان الحنابلة والمالكية اعتبروا هذا القسم من السنى لدى الاحناف بدعياً حيث عرفوا البدعي - كما سبق وذكرنا - ما زاد على الطلقة الواحدة سواء في طهر او في اطهار عدة .

دليل الاحناف :

احتج الاحناف بحديث ابن عمر في احدى رواياته: أنه طلق امرأته ثم اراد أن يتبعها بطلقتين اخريين عند القرأين الآخرين فبلغ ذلك رسول الله فقال له يابن عمر ماهكذا أمرك الله ، قد اخطأت السنة ، السنة ان تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء[1] .

ووجه الاستدلال في هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أمره بأن يطلق لكل قرء تطليقة ووصفه له بطلاق السنه والنبي عليه السلام لا يأمر ببدعة ويقول عنها سنة .

دليل المالكية :

قالوا : لا يباح الطلاق اكثر من واحدة لان الاصل في الطلاق الحظر ولا يباح الا لحاجة والحاجة هذه تندفع بالطلقة الواحدة والخلاص يتحقق بها . والثلاث انما شرع لرخصة جعلها الله لعباده ليتداركوا مافاتهم من ندم اذا ماطلقوا الطلقة الاولى والثانية ففي الثلاث تفويت وسد لهذه الرخصة التي شرعها الله وهذا لايجوز[2] .

. . .

---

(١) والحديث رواه الدارقطني من حديث معلى بن منصور حدثنا شعيب بن رزيق ان عطاء الخراساني حدثهم عن الحسين قال حدثنا عبد الله بن عمر انه طلق امرأته وهي حائض ثم اراد ان يتبعها بطلقتين اخريين فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا ابن عمر . الفتح القدير ٣/ ٢٣

(٢) بداية المجتهد ٢/ ٣٩.

ويبدو لي أن ماذهب اليه مالك هو الراجح لان الطلاق انما شرع لغاية معينة هي الخلاص من الحياة الزوجية بعد ان عالج الزوجان كل وسيلة لابقائها فلم تفلح فكان علاجاً ليجد كل من الزوجين راحته وهنائه في حياة سعيدة افضل وهذه الغاية وذاك الهدف يتحقق بطلقة واحدة وترك الزوجة حتى تمضي عدتها ولا ضرر على أي من الزوجين ولا خلل بتحقق مقصودهما من الفرقة، فلماذا نوقع الطلقة الثانية أو الثالثة وقد يندم أحد الزوجين فلا يفيده الندم ..

بل اني اسأل الاحناف أي فرق بين الطلاق الثلاث في طهر واحد او بكلمة واحدة وبين الطلقات المتفرقة على الاطهار في عدة واحدة ؟ . . . لماذا حرمتم الطلاق في الحالة الاولى وقلتم انه طلاق بدعة وذهبتم تناقشون الشافعية بذلك الذين قالوا ان لابدعة بالعدد وكانت الحجة معكم بأن الطلاق شرع ليكون مرة بعد مرة . فهل تتحقق هذه الحكمة بتفريق الطلقات على الاطهار .

ومن الغريب حقا أن نجد كتب الاحناف مليئة بالرد على الشافعية وخاصة في البدائع للكاساني واحكام القرآن للجصاص ففيها نقاش بديع ورد مقنع على الشافعية الذين اجازوا الطلاق الثلاث مرة واحدة .

يقول الزيلعي من فقهاء الاحناف[1] : والحاجة الى ايقاع الثلاث ثابتة ليتخلص منها ولا يقع في عدتها بالمراجعة .

فاية حاجة هذه التي لاتندفع الا بالطلاق الثلاث ؟ . . . اخوفاً من المراجعة واى ضرر اذا تمت المراجعة ؟ . . . هل تحول المراجعة دون الطلقة الثانية او الثالثة اذا ما اراد ذلك .

هذا اذا راجعها . اما اذا انتهت العدة ولم يراجعها فأي ضرر من الطلقة الواحدة ؟.. وهب انه ندم على فعله فماذا يفوته بهذا الندم هل تعود الزوجة اليه رغما عنه؟..

---

(١) الزيلعي ١٩/٢.

ان في كل من المراجعة اثناء العدة والعودة بعد مضيها بعقد جديد يحتاج الى رضا الزوج وموافقته بدون شك .

ان الضرر الحقيقي هو اذا طلقها ثلاث مرات وندم حيث لاينفعه الندم او اذا تبين له ان السبب الذي بني عليه مسببات الطلاق او مبررات الفرقة كانت واهية كاذبه خادعة هناك هناك الضرر المؤكد الذي نهى الله عنه بعدم تعدد الطلقات .

. . .

الطلاق البدعي لدى الشافعية وابن حزم

ذهب الشافعية الى انه لابدعة في عدد الطلقات فللرجل أن يطلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً في مجلس واحد أو في طهر واحد أو في عدة واحدة، ولكنهم قالوا والأولى عدم الجمع .

قال النووي في المنهاج : ولا يحرم جمع الطلقات[1] .

وقال الغزالي في الوجيز[2] : ولا بدعة في الجمع بين الثلاث ، ولكن الاولى التفريق حذراً من الندم .

وقال الرملي[3] — . . . ومع عدم حرمة ذلك فالاولى تفريقها على الاقراء او الاشهر ليمكن تدارك ندمه .

وحجة الشافعية فيما ذهبوا اليه :

١ — مارواه الشافعي في كتابه الأم من روايات ساقها للتدليل على رأيه

---

(١) مغنى المحتاج ٣/٣١٢.

(٢) الوجيز ٢/٥١ .

(٣) نهاية المحتاج ٦/١١٢ .

وكلها تدل على موضوع واحد بفكرة واحدة وهي ان عددا من الصحابة اوقعوا الطلاق الثلاث واستفتوا كبار فقهائهم فأفتوهم بالوقوع دون أن يصدر منهم أي نهي او استنكار لما فعلوه فلو كان طلاق بدعة لنصحوهم او بينوا لهم ان الطلاق المشروع هو الطلقة الواحدة .

واهم ماجاء في الام مارواه الشافعي أن عويمرا العجلاني لما لاعن زوجته وقبل أن يأمره عليه السلام بالطلاق طلقها ثلاث مرات وكان هذا بحضرة الرسول عليه السلام فكان اقرارا من النبي بالثلاث .

ونحن نورد النص بكامله قال[1] الشافعي : طلق عويمر ثلاثا بين يدي النبي صلى الله عليه وسلم ولو كان ذلك محرماً لنهاه عنه ، وقال ان الطلاق وان لزمك فانت عاص بأن تجمع ثلاثا فأفعل كذا كما أمر النبي عمر ان يأمر ابنه عبد الله حين طلق امرأته حائضاً ان يراجعها ...

٢ – وقالوا ايضاً : ان الطلاق الثلاث مشروع لانه معتبر في حق الحكم بلا خلاف وغير المشروع لايكون معتبرا في حق الحكم .

واستدل ابن حزم لرأيه بعمومات القرآن فقال[2] : من حجة من قال ان الطلاق الثلاث مجموعة سنة لابدعة قول الله تعالى : فان طلقها فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره .. فهذا يقع على الثلاث مجموعة ومفرقه ولا يجوز أن يخص بهذه الآية بعض ذلك دون بعض بغير نص .

وكذلك قوله تعالى : « اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهم من عدة تعتدونها » عموم لاباحة الثلاث والاثنين والواحدة

كما استدل ابن حزم بالسنة النبوية وهو ان النبي صلى الله عليه وسلم لو علم ان طلاق الثلاث مجموعة بدعة لما سكت عن بيان ذلك فصح يقيناً أنها سنة مباحة .

---

(١) الام ١٢٢/٥.
(٢) المحلى ١٧٠/١٠ .

رأينا فيما ذهب اليه الشافعي وابن حزم

ان طلاق عويمر العجلاني كان بعد ان تم اللعان بينه وبين زوجته ، واثار اللعان كما ذكرها الفقهاء على اختلاف مذاهبهم هي الفرقة بين الزوجين بل ان الشافعي ذهب الى أن الفرقة تقع بمجرد انتهاء الزوج من لعانه أي قبل ان تلاعن الزوجة ، فطلاق عويمر اذن حصل بعد ان تمت الفرقة شرعا بينهما فأي طلاق هذا حتى يقره عليه الصلاة والسلام عليه ؟ . .

واما قولهم ان المشروع معتبر في حق الحكم فيرد عليه ان الطلاق في الحيض معتبر في حق الحكم فلماذا قالوا عنه أنه طلاق بدعى اذا كانت العبرة بالأثر الشرعي ولم يقولوا عن الطلاق الثلاث انه بدعى وما الفارق بينهما حتى يختلف حكمهما ؟.

واما ماذهب اليه ابن حزم من قوله ان ايات الطلاق جاءت عامة فدلت على اباحة جمع الطلقات الثلاث فالجواب على ذلك : أن الآيات التي استدل بها ابن حزم على رأيه لم تأت لبيان عدد الطلقات انما جاءت لأحكام اخرى فالآية الاولى جاءت لبيان حكم المطلقة ثلاثاً وأنها لاتحل لزوجها الأول حتى تنكح زوجاً آخر ، والثانية جاءت لحكم المطلقة قبل الدخول وانه لاعدة لها انما الآية التي جاءت لبيان كيفية الطلاق وعدد الطلقات فقد سبق وشرحناها عندما ذكرنا أقوال المفسرين فيها .

الفرع الثالث

هل يقع الطلاق الثلاث

المطلب الاول – تصنيف الموضوع

جرت عادة المؤلفين اثناء بحثهم موضوع الطلاق الثلاث ان يصنفوه الى أربعة مذاهب او آراء هي :

١) من قال بالوقوع كما يوقعه الزوج سواء كان واحدة أم اكثر .

٢) من قال بعدم الوقوع اذا زاد عن الواحدة لانه بدعى .

٣) من قال إن من خالف المشروع يرد الى شرع الله فتقع طلقة واحدة رجعية .

٤) ومنهم من فصل بين المدخول بها فقال يقع ما اوقعه الزوج وبين غير المدخول بها فلا يقع الا واحدة .

وليس هذا التصنيف جديداً في مؤلفاتنا الحديثة بل وجدته في كتب الفقه القديمة في مختلف المذاهب مع شيء من الاختلاف .

ولما كنت حريصاً على اتمام البحث – ما استطعت الى ذلك سبيلا – فقد وجدت نفسي مضطراً الى تحرير هذا الموضوع لما لمسته من الاضطراب في النقل والتفسير ، فقد لاحظت أن اول من اشار الى هذه الاراء مجموعة – في حدود ما اطلعت عليه – هو ابن حزم وعنه أخذه ابن القيم ثم تناقلته مختلف كتب الفقه .

• • •

تصنيف ابن حزم :

جـاء في المحلى [1] : اما الاختلاف في طـلاق الثلاث مجموعة أهو بدعة أم لا ؟ فزعم قوم انها بدعة ثم اختلفوا : فقالت طائفة منهم لا يقع البتة لان البدعة مردودة .

وقالت طائفة منهم : بل يرد الى حكم الواحد المأمور به بأن يكون حكم الطلاق كذلك .

وقالت طائفة : بل يقع كما هو ويؤدب المطلق .

وقالت طائفة : ليست بدعة ولكنها سنة لا كراهة فيها .

ملاحظاتنا :

١ ـ ومما يجدر ذكره ان ابن حزم من أتباع الرأي الاخير حيث ذهب الى أن الطلاق الثلاث مجموعاً لا بدعة فيه .

٢ ـ يبدو لي أن ابن حزم ممن يفرقون في الطلاق الثلاث بين اذا كانت مجموعة او متفرقة متتابعة ولهذا نجده أثناء شرحه يذكر الثلاث مجموعة وفي محل آخر يقول بالتكرار وقد رأينا بالنصوص السابقة كلمة مجموعة وانه لا بدعة فيها بل سنة عند ابن حزم .

ويقول في ختام كلامه [2] : ـ فلو قال لموطوءة أنت طالق انت طالق فان نوى التكرار لكلمته الاولى واعلامها فهي واحدة ، وكذلك ان لم ينو بتكراره شيئاً .

---

(١) المحلى ١٠/١٧٢ .
(٢) المصدر السابق ١٠/١٧٤

فان نوى بذلك ان كل طلقة غير الأخرى فهي ثلاث إن كررها ثلاثاً وهي اثنتان ان كررها مرتين بلا شك .

. . .

تصنيف ابن القيم :

قال في زاد المعاد [١] ـ فصل في وقوع الثلاث بكلمة واحدة ـ اختلف الناس فيها على أربعة مذاهب :

احدها : انه يقع وهذا قول الائمة الاربعة وجمهور التابعين وكثير من الصحابة رضي الله عنهم .

والثاني : انها لاتقع بل ترد لانها بدعة محرمه والبدعة مردودة لقوله صلى الله عليه وسلم من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد .

وهذا المذهب حكاه ابو محمد بن حزم .

وحكي للامام أحمد فأنكره وقال هو قول الرافضة .

الثالث : انة يقع به واحدة رجعية وهذا ثابت عن ابن عباس ـ ذكره ابو داود عنه ـ قال الامام احمد وهذا مذهب ابن اسحاق فكان يقول خالف السنة فيرد الى السنة .

وهو قول طاووس وعكرمه .

وهو اختيار شيخ الاسلام ابن تيمية .

الرابع : انه يفرق بين المدخول بها وغيرها فتقع الثلاث بالمدخول بها وتقع بغيرها واحدة .

وهذا قول جماعة من اصحاب ابن عباس .

وهو مذهب اسحاق بن راهوية فيما حكاه عنه محمد بن نصر المروزي في كتاب اختلاف العلماء .

---

(١) زاد المعاد ٤/٥٣

ملاحظاتنا على هذا التصنيف

١) ان ابن القيم كان يقصد بهذا التصنيف الطلقات الثلاث مجموعة بكلمة واحدة كما يدل على ذلك عنوان فصله صراحة . وكما نستدل على هـذا ايضاً بالحجج التي ساقها بعد أن عدد المذاهب لكل منها فقال في حجج المذهب الثالث : انه لايقع الا واحدة قياسا على اللعان والاقرار بالزنا، وكل هذه الامور لو شهد باللعان أو أقر بالزنا أربع مرات بفم واحد لايصح ذلك لانه مرة واحدة اقترن فيها العدد كقوله أشهد بالله اربعا او اقر بالزنا اربعا فهذا لايغنيه عن قوله اشهد بالله أشهد بالله أشهد بالله فهذه اربع مرات كاملة لاتلك .

٢) وقال عن المذهب انه مذهب الامامية وعبارته .

« ولكن عدم الوقوع جملة هو مذهب الامامية »

وهذا غير صحيح بل ان بعض الامامية قال اذا قال بفم واحد انت طالق ثلاثا فلا تقع ـ وهذا مايؤيد ايضاً ماذكرناه من أن مراده بالمجموعة انها بفم واحد لانه لم يقل أحد من الامامية بعدم وقوع الطلاق المتتابع ـ كما سيأتي ـ .

٣) انه اول من صنف لغير المدخول بها فجعل لها مذهبا رابعاً ولا اعني بذلك انه اول من ذكر ذلك ، فقد سبق لابن حزم والذي نقل عنه ابن القيم فيما اعتقد أن ذكر طلاق غير المدخول بها طلقات مجموعة او متفرقة ولكنه لم يفرد لها مذهبا معيناً .

ولما كان ابن القيم قد افرد لهذا بحثا فسأبين رأيي بما ذكره بثلاث فقط :

١ ـ الاصل الذي استمد منه ابن القيم هذا التصنيف .

٢ ـ تفصيل هذا المذهب وحجج قائليه .

٣ ـ رأينا انه لايجوز أن نخصص له مذهباً معينا لان جميع المذاهب تشترك فيه فمن يقول بالوقوع ثلاثا له رأى بما قبل الدخول، ومن يقول بالوقوع واحدة له فيه رأى أيضاً ، وان كان ولابد من ان نفرد له بحثا خاصا فليكن الطلاق

الثلاث قبل الدخول والخلاف فيه لان الخلاف هو فيما قبل الدخول ، وليس الخلاف بين عدم الدخول وبعد الدخول .

. . .

١ ـ الاصل الذي استمد منه ابن القيم هذا التصنيف .

اما عن المصدر الذي استمد منه هذا المذهب فقد سبق وقلت انه اول من صنف لغير المدخول بها مذهبا خاصا واما عن من اخذ هذا فقد رجحت ان يكون عن ابن حزم نقل هذا الرأي ـ علماً بأن ابن حزم لم يجعله مذهبا ـ واما من قال بهذا المذهب فلم أجد في كتابه زاد المعاد الذي جاء به هذا التصنيف اكثر من قوله : وهو مذهب اسحاق بن راهويه

والكني رجعت الى بقية كتبه فوجدته في إغاثة اللهفان يقول :[١] .

وقال ابو بكر بن شيبة : حدثنا اسماعيل بن عليه عن ليث عن طاوس وعطاء انهما قالا : اذا طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل ان يدخل بها فهي واحدة .

انه قول عطاء بن ابي رباح . قال ابن ابي شيبة : حدثنا محمد بن بشر حدثنا اسماعيل عن قتادة عن طاوس وعطاء وجابر بن زيد انهم قالوا : اذا طلقها ثلاثا قبل ان يدخل بها فهي واحدة .

قال ابن المنذر في كتابه الاوسط : وكان سعيد بن جبير وطاوس ، وابو الشعثاء وعطاء وعمرو بن دينار يقولون : من طلق البكر ثلاثا فهي واحدة .

هذا مانقله الينا ابن القيم ومنه يبدو لنا انه لم يتعرض للمطلقة بعد الدخول لان الاراء جاءت صريحة بالبكر وهذه قبل الدخول لاشك[٢] .

ولكننا لورجعنا الى الادلة التي ساقها هؤلاء نرى انهم يقولون بوقوع الطلقات مجموعة بعد الدخول كما ذهب اليه الجمهور .

---

(١) الاغاثة ١/٣٢٤

(٢) قال ابن حزم بعد ان اورد هذه الروايات : روايات لا بيان فيها : ويقصد بذلك انها لم تفصل المراد بالثلاث هل هي مجموعة او متفرقة المحلى ١٠/١٧٥

٢) **ادلة هذا المذهب** : [١]

١ ـ ماروواه ابو داود باسناد صحيح عن ابي الصهباءانه سأل ابن عباس : اما علمت ان الرجل كان اذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة، قال : نعم [٢] ـ فاستدلوابهذا الحديث على أن من طلق زوجته ثلاثا قبل الدخول فهي واحدة .

وجاء في سنن النسائي تحت باب ـ طلاق الثلاث المتفرقة قبل الدخول بالزوجة ـ ان ابا الصهباء جاء الى ابن عباس فقال ياابن عباس الم تعلم ان الثلاث كانت على عهد رسول الله وابي بكر وصدرا من خلافة عمر رضي الله عنهما ترد الى الواحدة قال : نعم .

فقالوا إن النسائي اذ وضع هذا الحديث تحت عنوان قبل الدخول فانما يريد بذلك ان مفهوم حديث ابن عباس او تأويله بما قبل الدخول .

قال السندي [٣] : في حاشيته على سنن النسائي في شرح الحديث المذكور « وهذا الحديث بظاهره يدل على عدم وقوع الثلاث دفعة بل تقع واحدة . وقد اشار المصنف في الترجمة الى تأويله بأن يحمل الثلاث في الحديث على الثلاث المتفرقة لغير المدخول بها » .

• • •

٢ ـ وقالوا ان غير المدخول بها تبين بمجرد قول زوجها لها انت طالق فتصادفها الالفاظ التالية على غير محل لانها اصبحت أجنبية حيث لاعدة عليها فلا تقع اكثر من واحدة [٤] .

---

(١) زاد المعاد ٤/٥٤

(٢) المغني ٨/٢٤٣

(٣) النسائي ٦/٥٤ وسند الحديث ـ آخرنا ابوداود سليمان بن سيف قال حدثنا ابوعاصم عن ابن جريج عن ابن طاوي عن ابيه ان ابا الصهباء ...

(٤) سبل السلام ٣/٢٣٥

وقال القرطبي [1] وربما اعتلوا فقالوا : غير المدخول بها لاعدة عليها ، فاذا قال لها : انت طالق ثلاثا فقد بانت بنفس فراغه من قوله : انت طالق فيرد ثلاثا عليها وهي بائن فلا يؤثر شيئا .

. . .

وقد اجاب المخالفون على هذه الادلة :

١) ان حديث ابي الصهباء في المطلقة قبل الدخول لا يفيد اكثر من ان من طلق البكر ثلاثا فهي واحدة كما جاءت الروايات الاخرى عمن قال بهذا المذهب ولكن هل يعني هذا ان الزوجة المدخول بها يختلف حكمها ويقع عليها ما اوقعه الزوج ولو كان ثلاثا ؟.

والذي أراه في هذا الموضوع : انه روى عن ابن عباس روايتان في مسألة واحدة وهي المطلقة ثلاثا . انما في المرة الاولى سئل عن المطلقة ثلاثا قبل الدخول فأجاب انها تقع واحدة وسئل في المرة الثانية عن المطلقة بعد الدخول فأجاب بالوقوع واحدة ايضاً ولاداعي لتخصيص الرواية الثانية بالاولى لان الاولى جزء من الثانية تشملها بعمومها .

يقول الشوكاني [2] ـ ان التقييد بقبل الدخول لا ينافي صدق الرواية الاخرى الصحيحة على المطلقة بعد الدخول وغاية ما في هذه الرواية انه وقع فيها التنصيص على بعض افراد مدلول الرواية الصحيحة المذكورة وذلك لا يوجب الاختصاص بالبعض الذي وقع التنصيص عليه .

٢) وأجابوا عن الحجة الثانيـة التي تقول بأن غير المدخول بها تبين بمجرد قول زوجها لها انت طالق فيصادفها الالفاظ التالية وهي اجنبية فلا يقـع عليها

---

(١) تفسير القرطبي ٣/١٣٣

(٢) نيل الاوطار ٦/٢٣٤

قالوا: ان قوله لها انت طالق ثلاثا أو انت طالق انت طالق انت طالق هي عبارة واحدة متصلة لا يصح فصل اجزائها عن بعضها البعض كقوله انت طالق ان شاء الله فهذه جملة واحدة فلماذا نعتبر الاتصال هنا ولا نعتبره هناك فنقول اذا قال انت طالق ان شاء الله لا يقع طلاقه لانه جملة واحدة واذا قال لها انت طالق انت طالق تفصل بين اجزاء الجملة ونقول تقع الاولى دون الثانية ؟...»[1].

. . .

٣) بعد ان ذكرنا حجج هذا المذهب وما أجيب عنه تمشيا مع التصنيف التقليدي الذي يذكره الفقهاء حتى اليوم أقول أنه لا داعي لان نفرد له بحثا مستقلا ونسميه بهذا الذي سموه به .

فقولهم : مذهب التفصيل بين قبل الدخول وبعد الدخول يفهم منه انه مذهب خاص ، انفرد به اصحابه بينما هذا الموضوع ليس خاصاً بمن ذكروا من الفقهاء بل هو بحث عام لكل من تكلم في الطلاق وبمعنى آخر ان جميع المذاهب التي قالت بوقوع الطلاق الثلاث متفرقا او مجموعا كانت لهم اراء بالمطلقة قبل الدخول تختلف عن المطلقة بعد الدخول .

ولهذا فأني أرى ان يستبدل هذا العنوان التقليدي الذي سار عليه ابن القيم

---

(١) نقل ابن حجر في فتح الباري ٢٩٨/٩ والشوكاني في نيل الاوطار ٢٣٤/٦ عن القرطبي انه قال جوابا على هذا المذهب ان قوله انت طالق ثلاثا لغير المدخول بها كلام متصل . وهذا من حيث المعنى صحيح انما لم اجد في القرطبي هذه العبارة وانما وجدت تعليلا نقله القرطبي عمن قال بالوقوع طلقة واحدة قبل الدخول وقال : لان قوله : انت طالق مستقل بنفسه «فكلمة مستقل» نقلها ابن حجر والشوكاني متصل ، ولعله من تحريف بعض النساخ في عصر لم تكن فيه الطباعة منتشرة ومما يوضح المعنى الذي اشرت اليه ما جاء تتمة لكلام القرطبي حيث يقول «لان قوله : انت طالق مستقل بنفسه ، فوجب الا تقف البينونة في غير المدخول بها على مايرد بعده ١٣٣/٣ .

ومن جاء بعده من المؤلفين القدامى منهم والمحدثون بحيث تكاد لا تجد كتابا يبحث موضوع الطلاق الثلاث الا ويصادفك فيه هذا التقسيم . لهذا أرى أن يستبدل ببحث آخر او بعنوان آخر وهو احكام الطلاق الثلاث قبل الدخول لان الخلاف هنا حيث يرى بعضهم انـه اذا قال لها أنت طالق ثلاثا مجموعة او متفرقة وما نشأ عن ذلك من خلاف . وسنذكر بايجار رأي الفقهاء في الطلاق الثلاث قبل الدخول .

. . .

الطلاق الثلاث قبل الدخول :

١) قال ابن مسعود فيمن طلق امرأته ثلاثا قبل الدخول قال : هي ثلاث فان طلقها واحدة ثم ثنى ثم ثلث لم يقع عليها لانها قد بانت بالاولى . فمذهب ابن مسعود يفرق بين قول الزوج انت طالق ثلاثا فتقع الثلاث وبين قوله انت طالق انت طالق انت طالق فلا تقع الا واحدة .

والى هذا ذهب ابن حزم [١] ـ وهو رأى طاوس والشعبى وعكرمة وحماد ابن أبي سليمان وعدد من الفقهاء .

٢) وقال فريق من الفقهاء يقـع ما أوقعـه الزوج ما دام في المجلس سواء أكان طلقة واحدة او ثلاث طلقات متفرقة أو مجموعة . اما لو تفرق المجلس فلا يقع الا ما اوقعه في مجلسه الاول .

٣) وقالت طائفة انوصل كلامه ولم يقطع عنه كأن يكرر الطلاق اكثر من مرة فيقع الطلاق اما اذا سكت فلا يقع بعد سكوته اكثر مما اوقعه قبل ذلك.

وخلاصة الآراء في المطلقة قبل الدخول :

١) انها واحدة سواء قالها بلفظ واحد او بثلاثة الفاظ .

---

(١) المحلى ١٠/١٧٤ .

٢) انها ثلاث سواء اوقع الثلاث بلفظ واحد أو بثلاثة الفاظ .

٣) انه ان اوقعها بلفظ واحد فهي ثلاث . وان أوقعها بثلاثة الفاظ فهي واحدة .

فاذا قال لها انت طالق انت طالق انت طالق تبين بالاولى ويلغو ما عدا ذلك قال بهذا : سفيان واصحاب الرأي والشافعي وأحمد .

وقال مالك : اذا قال لها ثلاث مرات : انت طالق نسقا متتابعة حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره ، فان هو سكت بين التطليقتين بانت بالاولى ولم تلحقها الثانية[1] .

ما ذهب اليه القرطبي وابن حجر :

لم يذكر القرطبي في تفسيره[2] مذهب الطلاق قبل الدخول حينما تكلم عن الطلاق الثلاث بل اقتصر على المذاهب الثلاث الاخرى .

اما هذا الموضوع وهو الطلاق الثلاث لغير المدخول بها فقد بين احكامه في آخر بحث له عن هذه المسألة .

وكذلك فان ابن حجر[3] اقتصر على المذاهب او الآراء الثلاثة دون أن يجعل الرأي القائل بالتفرقة في الطلاق الثلاث بين قبل الدخول وما بعده .

وقد تناول ابن حجر بحث الطلاق الثلاث قبل الدخول في محل آخر اثناء شرحه حديث ابن عباس الذي سوف نتناوله بالدراسة بعد قليل .

أما صاحب سبل السلام[4] :

فقد نقل التصنيف الرباعي الذي سار عليه ابن القيم . ونلاحظ ان الصنعاني لم يفرق بين الطلقات الثلاث مجموعة او متفرقة وهل المذهب القائل بعدم الوقوع يشمل الحالتين ام احداهما .

• • •

---

(١) اغاثة اللهفان ١/٣٢٥

(٢) تفسير القرطبي ٣/١٢٩

(٣) الفتح الباري

(٤) سبل السلام ٣/٢٣٤

المطلب الثاني ـ التصنيف الذي اختاره

نستطيع ان نقسم هذا البحث الى ثلاثة مذاهب من حيث الوقوع وعدمه:

١ ـ المذهب الاول : ان الطلاق الثلاث لا يقع لانه بدعة والبدعة مردودة.

المذهب الثاني : لا يقع الطلاق بأكثر من طلقة واحدة رجعية مهما اقترن اللفظ بالعدد .

المذهب الثالث : انه يقع كما يتلفظ به الزوج سواء أكان واحدة او اكثر.

❀ ❀

المذهب الاول

مذهب عدم وقوع الطلاق الثلاث

ذهب بعض الشيعة الجعفرية وبعض التابعين الى أن الطلاق اذا اقترن بعدد يزيد على الواحدة فلا يقـع سواء قال لها أنت طالق ثنتين او ثلاثا أو اشار اليها بأصبعيه او باصابعه الثلاث فلا يقع لانه طلاق بدعي مردود .

واحتجوا لقولهم هذا بأن القرآن صريح بقوله الطلاق مرتان وهذا يفيد الحصر أي أن الطلاق الذي شرعته لكم لا يكون الا مرتين وعقب كل مرة اما امساك بمعروف او تسريح باحسان ـ فكل طلاق خالف ماجاء به الشرع فهو غـير مشروع ولا يقع كالطلاق في الحيض .

وقد اضطرب النقل في المؤلفات الفقهية حول هـذا المذهب وقد اردت توضيح ذلك بشيء من التفصيل لاني لم اجد هذا المذهب محررا في اي كتاب اطلعت عليه .

ما ذكره الاستاذ الخفيف :

يقول استاذنا فضيلة الشيخ علي الخفيف في كتابه فرق الزواج [١] ـ وهو ممن ذهبوا الى التصنيف الرباعي الذي ذكرته عن ابن القيم وابديت ملاحظاتي حوله : « المذهب الاول يقضي بعدم وقوعه اذا كان بلفظ واحد مقترن بما يدل على زيادته على الواحدة لفظاً أو اشارة .

---

(١) فرق الزواج ص ٣٢

اما اذا كان بالفاظ متفرقه في مجلس واحد او في اكثر من مجلس في عدة واحدة دون ان يفصل بين كل تطليق وآخر مراجعة فان الاول يقع اذا توافرت فيه شروط الطلاق ولا يقع الثاني ولا الثالث ...

وهذا مذهب جماعة من التابعين كما حكاه الليث بن سعد ومذهب ابن عليه وهشام بن الحكم وأبي عبيدة والقاضي الحجاج بن ارطأة المتوفى سنة ١٤٥ وبعض أهل الظاهر . واليه ذهب جمهور الشيعة الامامية » .

وجاء استاذنا فضيلة الشيخ **محمد الزفزاف** بعد أن ذكر التقسيم الرباعي فقال [١] : المذهب الثاني : انه لايقع متى كان بلفظ واحد يقترن به ما يدل على اكثر من واحدة بأن يتلفظ بعدد اكثر من الواحد - أما اذا كان بالفاظ متعددة سواء أكانت في مجلس واحد ، أو اكثر ولكنه في عدة واحدة ولم يفصل بين كل طلقة ومابعدها برجعة - فالرواية التي اطلعت عليها فيه هي انه لايقع .

وقال استاذنا الشيخ الزفزاف - « ولكن بعض من اجلهم من الباحثين الفضلاء روى انهم فرقوا بين ما اذا كان بلفظ واحد مقترن بما يدل على اكثر من واحدة .. وبين ما اذا كان بالفاظ متعددة .. »

وقد نقل استاذنا الجليل الشيخ الزفزاف عبارة الشوكاني الذي جعلها سنداً لهذا المذهب وصحح بها ما ذهب اليه استاذنا الجليل الشيخ الخفيف :

قال الشوكاني في نيل الاوطار [٢] : « وذهب بعض الامامية الى أنه لا يقع بالطلاق المتتابع شيء ، لاواحدة ، ولا اكثر منها ، وقد حكى ذلك عن بعض التابعين - وروي عن ابن عليه وهشام بن الحكم ، وبه قال ابو عبيدة وبعض أهل الظاهر وسائر من يقول : ان الطلاق البدعي لايقع لان الثلاث بلفظ واحد

---

(١) مذكرات فقه القرآن والسنة ص ٩٢

(٢) نيل الاوطار ٦/٢٣٢

أو الفاظ متتابعة منه - وعدم وقوع البدعى هو ايضاً مذهب الباقر والصادق والناصر » .

ويقول فضيلة استاذنا الزفزاف - فهذه العبارة كما ترى على أنه لافرق بين ما كان بلفظ واحد مقترن بما يدل على اكثر من واحدة ، وما كان بالفاظ متتابعة . بل حكمها واحد وهو عدم الوقوع عند اصحاب هذا الرأي . ومبدؤهم يتمشى مع هذه الرواية ضرورة أنه طلاق بدعى - والبدعى عندهم لايقع.

وقال صاحب الروضة الندية [1] :

بعد ان ذكر هذا المذهب قال : قلت : بل هو مذهب جماعة من التابعين كما حكاه الليث ومذهب ابن عليه وهشام بن الحكم وجميع الامامية . ومن أهل البيت عليهم السلام : الباقر والصادق والناصر وبعض الظاهرية لان هؤلاء قالوا :

ان الطلاق البدعى لايقع والثلاث بلفظ واحد والفاظ متتابعة لاتقع .

والآن سأبدي ملاحظات حول هذه النصوص فأبدأ برواية الشوكاني والروضة الندية لانها المرجع الذي منه استمد استاذنا الجليل الشيخ الزفزاف ما ذهب اليه .

ملاحظات حول ماذهب اليه الشوكاني في نيل الاوطار :

١ - قوله ذهب بعض الامامية الى انه لايقع بالطلاق المتتابع شيء لا واحدة ولا اكثر غير صحيح لانه لم يقل احد من الامامية بعدم وقوع الطلاق المتتابع انما الذين قالوا بعدم الوقوع من الجعفرية قالوا بعدم وقوع الطلاق المقترن بالعدد باكثر من واحدة لا المتتابع - وسوف نرى تحقيق ذلك بعد قليل .

٢ - يذهب الشوكاني الى أن سائر من يقول بعدم وقوع الطلاق البدعي في الحيض يقول بعدم وقوع الطلقات الثلاث - وهذا أيضاً غير دقيق فلو صحح

---

(١) الروضة الندية ٢/٥٠

عبارته فقال : وذهب بعض الذين قالوا بعدم وقوع الطلاق البدعي في الحيض لكان صحيحاً . فان كثيراً ممن قالوا بعدم وقوع الطلاق في الحيض ، كابن تيمية وابن القيم قالوا بوقوع الطلاق المقترن بالعدد واحدة رجعية بل ان ابن حزم وهو من اشد الفقهاء تحمساً لمذهب عدم وقوع الطلاق في الحيض قال بوقوع الطلقات الثلاث كما يوقعها الزوج ان واحدة او اكثر .

٣ ـ وقال الشوكاني ان مذهب الناصر عدم الوقوع والصحيح ان مذهبه الوقوع واحدة .

٤ ـ كما ان الشوكاني لم يفرق بين الثلاث بلفظ واحد او الفاظ متتابعة وهذا خطأ لان هناك من فرقوا بين المذهبين فالمتتابع يقع والمقترن بعدد لا يقع في مذهب بعض الشيعة .

٥ ـ وأما من ذكر اسماءهم وهم : ابن علية وهشام بن الحكم وابو عبيدة وبعض أهل الظاهر فيحتاج الى تحقيق اكثر مما نقل عنهم .

فهؤلاء الذين ذكر مذهبهم على أنه عدم الوقوع ، الصحيح ان مذهبهم عدم وقوع الطلاق في الحيض ـ وبما ان الشوكاني لم يفرق بين المذهبين فقال ان سائر من قال بعدم وقوع الطلاق البدعي في الحيض قال بعدم وقوع الطلاق الثلاث ـ ـ وقد وجدت مذهبهم في البحر الزخار [1] ـ وانهم يقولون بعدم وقوع الطلاق في الحيض ولم أجد لهم رأياً في الطلاق الثلاث في هذا الكتاب .

وأما صاحب الروضة الندية :

فقد نقل رأي الشوكاني وزاد فيه ان هذا المذهب هو مذهب جميع الامامية وهذا خطأ فاضح وبقية الملاحظات التي ذكرناها عن نص الشوكاني لاتختلف عما ذهب اليه القنوجي في الروضة الندية .

وبعد هذا يتضح لنا ان ما ذهب اليه الشوكاني في نصه السالف الذكر لايصلح ان يكون حجة يعتمد عليها في نقل هذا المذهب .

---

(١) البحر الزخار ٣/١٠٤

مناقشة مع استاذنا الجليل الشيخ الزفزاف :

١ – لقد اعتمد استاذنا الزفزاف في نقد ما جاء في كتاب فضيلة استاذنا الجليل الشيخ علي الخفيف على ما جاء في نيل الاوطار والروضة الندية والبحر الزخار وقد تبين لنا ضعف ما كتبه الشوكاني في تحرير هذا المذهب فلا يصح ان تكون مرجعاً لهذا البحث ، فضلا عن ان مذهب الشيعة الجعفرية والذي يعتبر هو المرجع هذه التفرقة لو رجعنا الى مصادره التي أخطأ بالنقل عنها الشوكاني لوجدنا خلاف ذلك .

٢ – وأما فيما يتعلق برأي فضيلة استاذنا الزفزاف فقد علق على عبارة الشوكاني بقوله : ومبدؤهم يتمشى مع هذه الرواية ، ضرورة أنه طلاق بدعى – والبدعى عندهم لا يقع .

أرى أن هذه العبارة تحتاج الى شيء من الوضوح لان مبدأ هؤلاء الذين نقل عنهم الشوكاني يخالف ما ذكر عنهم لانهم فرقوا بين المتتابع والمقترن بالعدد وهو لم يفرق . واما تعميم الكلام على كل من قال بعدم وقوع البدعى انه قال ضرورة بعدم وقوع الطلاق الثلاث فأيضاً يحتاج الى شيء من التفصيل لان الشوكاني يقصد بالبدعى هنا الطلاق في الحيض ويقيس عليه وان شمله اللفظ وقد بينت ان هناك من قال بالاول ولم يقل بالثاني كابن تيمية وابن القيم وابن حزم .

٣ – وأما نقده لاستاذنا الشيخ الخفيف فاني أقول انه اذا طلق رجل امرأته فقال لها انت طالق ثم بعد شهر أو شهرين وهي لاتزال في العدة قال لها انت طالق فهل نبطل طلاقه الاول والثاني ام نبقى على طلاقه الاول ونلغي الثاني؟.

اعتقد انه لا مجال للقول بأن من طلق زوجته طلاقاً متتابعاً في مجالس عدة أو في اطهار عدة انه لا يقع شيء من طلاقه ولو نقل هذه العبارة الشوكاني وغيره لانها تخالف المعقول والاصول الفقهية لانه ليس من المعقول ان من طلق امرأته ووقع الطلاق ان نلغي الطلاق بعد وقوعه وتمامه فالتصرف الاول صحيح .

وفي هذه الحالة تلغي عبارة الزوج الثانية بالطلاق الثاني لأنها بانت منه بالطلقة الاولى ، ووقع الطلاق الثاني على غير محل كما ذهب الى ذلك من لايوقع الطلاق في العدة .

. . .

مناقشة استاذنا الجليل الشيخ الخفيف :

يقول استاذنا الشيخ الخفيف ان مذهب جمهور الشيعة الى ان الطلاق المقترن بالعدد لايقع اما بالطلاق المتتابع في مجلس او اكثر فيقع واحدة .

هذا الرأي جمع بين مذهبين الاول من قال بعدم الوقوع اذا اقترن الطلاق بعدد اكثر من واحدة . وهو رأي بعض الشيعة الجعفرية — والثاني : من قال بوقوع الطلاق المتتابع طلقة واحدة سواء كان في مجلس او اكثر وهو مذهب الشيعة الجعفرية .

ولو قال استاذنا ان هذا الرأي هو مذهب بعض الشيعة الجعفرية لصح القول لان جمهور الشيعة يقولون بوقوع الطلاق المقترن بالعدد أو المتتابع طلقة واحدة

وأما بعض من ذكر اسماءهم استاذنا الجليل على أن مذهبهم عدم الوقوع كالحجاج ابن ارطأة ففي نقل رأيه اختلفت الكتب الفقهية — وعلى مايبدو لي ان مذهبه غير محرر لاني وجدت ثلاث روايات عنه كل منها تختلف عن الاخرى.

فقد ذكر القرطبي في تفسيره ان مذهب عدم الوقوع روى عن الحجاج بن ارطاة ومقاتل وداود ثم ذكر روايتين عن الحجاج اشهرهما تقول بوقوع الطلقات الثلاث كما اوقعها ، والثانية تقول بالوقوع واحدة وعلى هذا فثلاث روايات نقلها القرطبي عن الحجاج بن ارطأة[1] .

كما ان ابن العربي ذكر ان مذهب عدم الوقوع يروي عن الحجاج بن ارطاة[2] .

---

(١) القرطبي ١٣٩/٣

(٢) احكام القرآن ١٩٠/١

وقال النووي في شرحه مسلم [1] ان مذهب الوقوع واحدة رواية عن الحجاج بن ارطأة .

. . .

وخلاصة مانختم به هذا الموضوع بأن مذهب عدم وقوع الطلقات الثلاث مجموعة هو مذهب بعض الشيعة لاجمهورهم وان سواهم ممن نقل عنهم هذا المذهب فيحتاج الى تحرير وتحقيق .

كما واني انبه الى ان من قال بعدم الوقوع قال بوقوع الطلاق المتتابع فالخلاف حول الطلاق الثلاث بكلمة واحدة لا المتتابع فانه لاخلاف في وقوعه واحدة لدى الجعفرية كما سوف نرى مذهبهم بالتفصيل .

☆ ☆ ☆

(١) شرح النووي على مسلم ١٠/٧٠

مذهب الجعفرية في الطلاق الثلاث بكلمة واحدة.

اختلف الفقهاء الذين نقلوا هذا الموضوع عن المذهب الجعفري حتى شمل الخلاف بعض فقهاء الامامية المعاصرين فضلا عن باقي فقهاء المذاهب الاخرى المحدثين منهم والقدامى.

وسبب هذا الاضطراب في رأيي يعود الى نصوص عامة وردت في كتب الامامية بعضها يقول بالوقوع مرة واحدة وبعضها يقول بعدم الوقوع.

وقد حملني هذا الى الرجوع الى عدد من كتب الفقه والحديث والتفسير في المذهب الامامي فتبين لي في حدود مااطلعت عليه أنه لاخلاف لدى الامامية بوقوع الطلاق المتتابع المتكرر طلقة واحدة لاأكثر سواء أكان ذلك في مجلس واحد أو في اطهار متعددة.

انما الخلاف في وقوع الطلاق الثلاث اذا كان دفعة واحدة فبعضهم يقول بعدم الوقوع وجمهورهم على أنه يقع واحدة.

لو طلقها اكثر من طلقة بلفظ واحد ففيه خلاف:

قال بعض الجعفرية: اذا أوقع الزوج اكثر من واحدة فلا يقع لانه طلاق بدعة محرمة فهو غير مشروع وما كان غير مشروع فلا اثر له ولهذا يعتبر لفظه لاغياً. وقد وجدت هذا الرأي في كتبهم المختلفة من فقه وحديث وتفسير وآثار:

جاء في اللمعة الدمشقية وهو يذكر الطلاق المحرم [1].

... اما حرام، وهو طلاق الحائض ... والثلاث من غير رجعة وكله لايقع، لكن يقع في الثلاث.

---

(١) اللمعة الدمشقية ٢/١٥٠

وقال في الروضة البهية [1] - والتحريم هنا يرجع الى المجموع من حيث هو مجموع وذلك لاينافي تحليل بعض افراده وهو الطلقة الاولى اذ لامنع منها اذا اجتمعت الشرائط .

وجاء في الكافي [2] - عن عمرو بن البراء قال : قلت لابي عبد الله عليه السلام : - ان اصحابنا يقولون ان الرجل اذا طلق امرأته مرة او مائة فانما هي واحدة وقد كان يبلغنا عنك وعن آبائك انهم كانوا يقولون اذا طلق مرة او مائة مرة فانما هي واحدة ؟. فقال : هو كما بلغكم .

قال في التهذيب [3] - عن أبي جعفر عليه السلام قال : ان طلقها للعدة أكثر من واحدة فليس الفضل على الواحدة بطلاق .

وجاء في التهذيب [4] :

قال ابو عبد الله عليه السلام : لاتشهد لمن طلق ثلاثاً في مجلس واحد .

وجاء في تفسير البيان للطبرسي [5] وهو يفسر قوله تعالى : الطلاق مرتان . واستدل اصحابنا بهذه الآية على ان الطلاق الثلاث بلفظ واحد لايقع.

---

(١) الروضة البهية ٢/١٥٠

(٢) الكافي ٣/١٠٢ وسند الحديث عن حميد بن زياد عن الحسن بن محمد بن سماعه عن جعفر بن سماعه وعلي بن حديد عن عبد الكريم بن عمرو الخثعمي عن عمرو بن البراء .

(٣) التهذيب ٢/٣٦٤ وسنده عن محمد بن عبد الله بن زراره عن محمد بن ابي عمير عن عربه اذنيه عن بكير بن اعين عن ابي جعفر .

(٤) التهذيب ٣/٢٨٩ وسند الحديث : رواه محمد بن احمد بن يحيى عن احمد بن محمد عن معاوية بن حكيم عن مثنى الحناط عن الحسين ابن زياد الصيقل قال : قال ابوعبد الله ..

(٥) تفسير البيان ٢/١٣٩ وعلل ذلك الطبرسي بقوله : لانه قال : الطلاق مرتان ثم ذكر الثالث على الخلاف في قوله: او تسريح باحسان او قوله فان طلقها ، ومن طلق ثلاثا بلفظ واحد فانه لم يأت بالمرتين ولا بالثالثة كما انه اوجب في اللعان اربع شهادات فلو اتى بالاربع بلفظ واحد اتى بالمشروع ولم يحصل حكم اللعان ، وكذلك لو رمى في الجمار بسبع حصيات دفعة واحدة لم تجزىء عنه بلا خلاف وكذلك الطلاق .

وقال في جواهر الكلام[1] .

اما من فسر الطلقة باثنتين او ثلاث .. قال المرتضى وابن ابي عقيل وحمزة ويحيى بن سعيد : ـ يبطل الطلاق من اصله للشك في زوال النكاح .

وروى صاحب الجواهر عن أبي عبد الله : من طلق ثلاثاً في مجلس واحد فليس بشيء . وهذا الحديث صريح بعدم الوقوع وان كنت لم اعثر عليه في كتب الحديث التي اطلعت عليها من كتبهم .

وروى ايضاً خبراً لهارون بن خارجه عن أبي عبد الله المروى من كتب الخرائج قال :

قلت (لابي عبد الله) اني ابتليت فطلقت اهلي ثلاثاً في دفعه فسألت اصحابنا فقالوا ليس بشيء الا ان المرأة قالت لا أرضى حتى تسأل ابا عبد الله . فقال : ارجع الى اهلك فليس عليك شيء .

وقال في المختصر النافع[2] ـ وطلاق الثلاث المرسله لا يقع .

جاء في السرائر[3] ـ ما روى عن الامام علي بن ابي طالب انه قال : اياكم والمطلقات ثلاثاً في مجلس واحد فأنهن ذوات أزواج .

وروي عن ابن عباس انه كان يقول : الا تعجبون من قوم يحلون المرأة لرجل واحد وهي تحرم عليه ويحرمونها على آخر وهي حلال له فقالوا له يا ابن عباس ومن هؤلاء القوم ؟ فقال : هم الذين يقولون للمطلق ثلاثاً في مجلس واحد قد حرمت عليك امرأتك .

وقال جمهور الجعفرية : اذا طلق الرجل زوجته بلفظ واحد اكثر من طلقة فلا يقع الا واحدة .

---

(١) جواهر الكلام كتاب الطلاق ص٥/٢٨٩

(٢) المختصر النافع ص ٢٢٢ وعبارته الكاملة : فالبدعة طلاق الحائض مع الدخول وحضور الزوج او غيبته دون المدة المشترطة وفي طهر قد قربها فيه وطلاق الثلاث المرسلة ، وكله لا يقع .

(٣) السرائر ص ٣٣٩ مخطوط رقم ٢٣٨ مكتبة معهد الدراسات العربية .

وعللوا ذلك : بأن من خالف المشروع رد الى شرع الله من كتاب او سنة .

جاء في التهذيب[١] : ـ عن اسماعيل بن عبد الخالق قال : سمعت أبا الحسن عليه السلام وهو يقول طلق عبد الله بن عمر امرأته ثلاثاً فجعلها رسول صلى الله علية وسلم واحدة ، فردها الى الكتاب والسنة .

وقال الطوسي في الاستبصار[٢]

اذا طلقها ثلاثاً في كلمة واحدة فانما يقع منها واحدة .

ونقل صاحب جواهر الكلام عن نهج الحق[٣] ـ انه يقع طلقة واحدة بقوله طالق ويلغو التفسير بالثلاث وقال : وهذا أشهر الروايتين : ـ

واني انقل عن محمد بن ادريس ماجاء في كتاب السرائر حيث ذكر الرأيين في الوقوع وعدمه اذا كان الطلاق بلفظ واحد[٤] وهو ادق نص عثرت عليه لامام من ائمة الجعفرية وهو تلميذ الطوسي وعنه نقل كثير من الفقهاء القدامى منهم صاحب جواهر الكلام وله اراء اجتهادية خالف فيها استاذه .

قال : ومن شرائط الطلاق العامة ان يطلقها تطليقة واحدة فان طلقها اثنتين او ثلاثاً بأن يقول : انت طالق ثلاثاً لغير المدخول بها او قال ذلك للمدخول بها لم يقع على الصحيح من المذهب الا واحدة ـ وقال بعض اصحابنا لايقع من ذلك شيء ـ والاول الاظهر من المذهب .

• • •

اختلاف النقل فى هذا الموضوع عن الجعفرية في المؤلفات الحديثة :

اضطرب النقل في مؤلفاتنا الحديثة عن مذهب الجعفرية في وقوع الثلاث

---

(١) التهذيب ٢/٢٦٥ وسنده : مارواه احمد بن محمد بن عيسى عن علي بن الحكم عن اسماعيل بن عبد الخالق .

(٢) الاستبصار ٣/٢٨٩ .

(٣) جواهر الكلام ص ٥/٢٨٨.

(٤) السرائر ص ٣٣٨ .

واكثر ما اطلعت عليه من نقول على ان الطلاق الثلاث لايقع به طلاق مطلقاً في المذهب الجعفري .

يقول استاذنا الدكتور مدكور في كتابه الزواج والفرقه ص ١٧٨ : وهناك فريق من فقهاء الشيعة الامامية يرون ان الطلاق الثلاث بلفظ واحد لايقع به طلاق مطلقاً ويعتبر لغواً بمجرد اقترانه بالعدد .

بينما نجد استاذنا الجليل الشيخ علي قراعة يقول ان مذهب عدم الوقوع هو مذهب الشيعة « قال بعض الناس : اذا وقع الطلاق الثلاث جملة واحدة لم يقع وهو مذهب الشيعة أيضاً »[1]

الخلاف في اقوال فقهاء الامامية المعاصرين :

يقول فضيلة الشيخ محمد جواد مغنيه في كتاب الفصول الشرعية تعليقاً على المادة ١٢٩ من الاحكام الجعفرية التي تنص على عدم وقوع الطلقات الثلاث المتكررة او بلفظ واحد الا واحدة ، قال : كل ماذكرناه شرطاً لصحة الطلاق مجمع عليه وتجد ذلك في جميع كتب الفقه الامامية[2] .

وأما الشيخ محمد تقي الدين القمي السكرتير العام لجماعة التقريب بين ـ المذاهب الاسلامية ـ فيقول : في مقدمة المختصر النافع وهو يذكر مذهب الامامية في الطلاق الثلاث .

ولا يوقعون طلاق الثلاث بلفظ واحد ، او متتابعاً في مجلس واحد .

. . .

(١) فقه القرآن والسنة ص ٢٩ .

(٢) الفصول الشرعية ص ٧٤.

المذهب الثاني

من قال بوقوع الطلاق الثلاث طلقة واحدة

ذهب الجعفرية ـ على التحقيق الذي سوف نذكره ـ وجمهور الزيدية وفريق من فقهاء المذاهب الاخرى الى ان الطلاق الثلاث لايقع الا واحدة .

مذهب الجعفرية في الطلاق الثلاث

ذكرنا مذهب الجعفرية في الطلاق الثلاث بلفظ واحد .

أما الطلاق المتتابع المتكرر فلا خلاف لدى الامامية بوقوعه طلقة واحدة مهما تكرر العدد سواء أكان ذلك بمجلس واحد او في طهر واحد او في في عدة اطهار .

جاء في الاستبصار [1] .

عن جميل بن دراج عن احدهما عليهما السلام : سألته عن الذي يطلق في حال الطهر في مجلس واحد ثلاثاً قال : ـ هي واحدة .

وجاء في التهذيب [2] ـ عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ـ الطلاق ثلاثاً في غير عدة ان كانت على طهر فواحدة .

وروى في الكافي [3] ـ « فان طلقها واحدة على طهر بشهود ثم انتظر بها حتى تحيض وتطهر ثم طلقها قبل ان يراجعها لم يكن طلاق الثانية طلاقاً لانه طلق طالقاً ولانه اذا كانت المرأة مطلقة من زوجها كانت خارجة عن ملكه حتى يراجعها » .

---

(١) الاستبصار ٣/٢٨٥ .

(٢) التهذيب ٢/٢٦٣ .

(٣) الكافي ٢/١٠٠

وهنا أود أن انبه الى أمر هام وهو ان مطلق المراجعة لا يكفي اذا اراد ان يطلقها ثانية فلو طلقها بعد ان راجعها بدون مواقعة لم يكن طلاقاً .

ولهذا وجدت كتب الفقه والحديث تؤكد هذا الامر وهو برأيي يمثل حكمة المراجعة حيث لا تصبح المراجعة سبباً للطلاق المتكرر .

قال في الاستبصار (١) - فان طلقها على طهر بشهود ثم راجعها وانتظر بها الطهر من غير مواقعه فحاضت وطهرت ثم طلقها قبل ان يدنسها بمواقعه بعد الرجعة لم يكن طلاقه لها طلاقاً لانه طلقها التطليقة الثانية في طهر الاولى فلا ينقضي الطهر الا بمواقعه بعد الرجعة وكذلك لاتكون التطليقة الثالثة إلا بمراجعة ومواقعه بعد الرجعة ثم حيض وطهر بعد الحيض ثم طلاق بشهود حتى يكون لكل تطليقة طهر من تدنيس المواقعه بشهود .

وروى صاحب جواهر الكلام عن ابن أبي عقيل : ان الطلاق بعد الرجوع في ذلك الطهر من غير مواقعة ليس طلاقاً ولا يقع منه وان تعدد الطلاق الا الطلاق الاول .

وجاء في جواهر الكلام ايضاً (٢) لو كرر الصيغة مرتين او ثلث قاصراً التعداد ... لاخلاف بيننا في وقوع الواحدة .

وقال في السرائر (٣) - فان قال لغير المدخول بها أنت طالق انت طالق بانت عنه بالاولى وبطل الطلاق الثاني والثالث بلا خلاف - فان قال ذلك للمدخول بها لا يقع الا الطلاق الاول دون الثاني والثالث لان طلاق الطالق لايصح فان تخللت المراجعة صح (٤).

---

(١) الاستبصار ٣/٢٦٨ وجاء مثل ذلك في التهذيب ٢/٢٥٧ .

(٢) جواهر الكلام ٥/٢٨٩.

(٣) السرائر ٣٣٨ .

(٤) [ان قول المؤلف بلا خلاف لغير المدخول بها وعدم قوله ذلك للمدخول بها لايعني اختلاف الحالين ففي كلا الامرين لا خلاف بالوقوع طلقة واحدة انما فرق بين الحالتين ليذكر حكم المراجعة بالمدخول بها دون غير المدخول بها] .

واذكر حكماً اجمع عليه فقهاء الامامية انه اذا كان المطلق يعتقد وقوع الثلاث الزم بها .

قال صاحب جواهر الكلام [1] لو كان المطلق مخالفاً يعتقد الثلاث لزمته لان ذلك دينه . ثم اورد امثلة كثيرة تدل على ترك الناس وما يدينون حتى قال : الى غير ذلك من النصوص الدالة على التوسعة لنا في امرهم وامر غيرهم من اهل الاديان الباطلة .

وقال في السرائر [2] ـ وأجمع اصحابنا أن المطلق اذا كان يعتقد وقوع الثلاث ، وقعت ولزمه ذلك [3] .

وارى من واجبي ان أشير الى نص آخر وجدته في جواهر الكلام يتصل بموضوعي والذي استرعى انتباهي ماعلق به علماؤهم من فقهاء ومحدثين :

جاء في جواهر الكلام [4] ـ في خبر الصيرفي عن جعفر عن أبيه ان علياً كان يقول اذا طلق الرجل المرأة قبل ان يدخل بها ثلاثاً في كلمة واحدة فقد بانت منه ولا ميراث بينهما ولا رجعة ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره .

وان قال هي طالق هي طالق هي طالق فقد بانت منه بالاولى وهو خاطب من الخطاب ان شاءت نكحته نكاحاً جديداً وان شاءت لم تفعل .

وقد قال صاحب جواهر الكلام : محمول صدره على التقيه [5] .

---

(١) جواهر الكلام ٥/٢٥٩

(٢) السرائر ٣٤٠

(٣) وجدت نصاً في فتح القدير في الفقه الحنفي : ٣/٢٦

لو حكم حاكم بأن الثلاث بفم واحد واحدة لم ينفذ حكمه لانه لا يسوغ الاجتهاد فيه فهو خلاف لا اختلاف .

(٤) جواهر الكلام المصدر السابق

(٥) التقية كما عرفها العلامة المظفري « ان التقية من الوقاية ، فهي جُنّة تدرأ بها المخاوف والاخطار » .

وهي مبدأ انفرد به اخواننا الجعفرية ، وسبب هذه العقيدة ما نشأ في العصر الأموي من خلافات بين المسلمين أدت الى تستر الشيعة وإخفاء آرائهم وأشخاصهم عن بقية الناس خشية الظلم والاضطهاد . راجع أصل الشيعه ص ١٩٣ .

وبحثت عن هذا الحديث في كتب الحديث لدى الامامية فوجدته في الاستبصار [١] والتهذيب [٢] وقد علق عليه الطوسي في الاستبصار بقوله : هذا الخبر موافق للعامة لسنا نعمل به [٣].

اني اسوق هذا النص الى أئمة اخواننا الجعفرية لعلهم يعودون الى تصحيح مؤلفات فقهائهم من هذه الامور التي كتبت في عصور مضت لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت ...

اقول هذا وكلي امل ان تجد هذه الصيحة الاذان الصاغية ولا اذيع سرا اذا قلت ان مثل هذه التعليقات لا يخلو منها مؤلف من مؤلفاتهم.

واذا كان سبب هذه الامور هو مبدأ التقيه التي نشأت في العصر الاموي فلم يعد اليوم من مبرر لانتشار هذا المبدأ وسريانه حتى في المؤلفات الفقهية العلمية التي يجب ان تكون بعيدة عن الشبهات [٤].

• • •

انتهينا من تحقيقنا على ان مذهب الامامية في الطلقات الثلاث المتكررة لايقع الا واحدة دون خلاف ، اما اذا كان الطلاق بلفظ الثلاث فقال جمهورهم ايضاً لا يقع الا واحدة وقال بعض فقهائهم ان الطلاق اذا اقترن بلفظ يدل على اكثر من واحدة فلا يقع به شيء.

• • •

---

(١) الاستبصار ٣/٢٨٧ التهذيب ٢/٢٦٤.

(٢) التهذيب ٢/٢٦٤ .

(٣) يقصد بالعامة أي جميع المذاهب الاسلامية ما عدا الجعفرية .

(٤) يقول فضيلة الاستاذ الشيخ محمد ابوزهرة في كتابه الامام الصادق ص ٢٤٥ .

« أما وقد زال التعرض للظلم اذ انطلق المتشيع بتشيعه ، واعلنه من غير مواربه ولااستتار ، فهل يكون للتقية موضع ؟.. اني أعتقد انها أصبحت غير ذات موضوع ، فلا ظلم ولا تعرض بظلم في الجهر بالتشيع ، ولا يصح أن تكون التقية لاخفاء الاحكام ومنعها ، فان ذاك ليس موضوع التقيه ، وليس صالحاً لأن يتسمى بها ، بل له اسم آخر ، وهو كتمان العلم ، ويوصف معتنقه بوصف لايوصف به المؤمنون . »

مذهب الزيدية في الطلاق الثلاث

وذهب الزيدية الى ان الطلاق اذا اقترن بعدد فلا يقع الا واحدة، لان الطلاق لا يتبع الطلاق عندهم وقد صرحت كتبهم بذلك.

قال في البحر الزخار[1] - والطلاق لا يتبع الطلاق حتى تخلل رجعة او عقد فان ثلث او ثني بلفظ واحد او الفاظ لم تقع الا واحدة.

وجاء في المنتزع المختار[2] - لا يتوالى متعدده اي فلا يقع طلقتان الا وبينهما رجعة او عقد سواء اكان بلفظ واحد نحو انت طالق ثلاثاً او الفاظ نحو انت طالق انت طالق فانه لا يقع الا طلقة واحدة في الصورتين جميعاً.

ويذهب استاذنا فضيلة الشيخ علي الخفيف الى أن مذهب جمهور الزيدية كمذهب جمهور الفقهاء الذين قالوا بوقوع ما أوقعه الزوج من الطلاق فمن طلق ثلاثاً او اثنتين بلفظ واحد وقع ما اوقعه الزوج من ذلك[3].

ويقول ايضاً استاذنا فضيلة الشيخ محمد الزفزاف[4] ان رأى جمهور الزيديه كجمهور الفقهاء انه يقع كما يتلفظ به الزوج فمن طلق اثنتين او ثلاثا بلفظ واحد او الفاظ متفرقة في مجلس واحد او في مجالس متعددة في عدة واحدة دون ان يراجع بين كل طلقتين يقع الطلاق كما اوقعه من عدد.

ويبدو لي ان سبب ماذهب اليه اساتذتنا الاجلاء عبارة غير محررة في المنتزع المختار[5] جاء فيها: «واما الصورة الثانية وهي أنت طالق انت طالق فهذا قول الهادي اعني انها تكون تطليقة واحدة لان الطلاق عنده لا يتبع الطلاق سواء كانت مدخولا بها، ام لا وهو قول الناصر».

---

(١) البحر الزخار ٢/١٧٤.

(٢) المنتزع المختار ٢/٤٥٣.

(٣) فرق الزواج ص ٣٦.

(٤) فقه القرآن والسنة ص٩٢.

(٥) المنتزع المختار. المصدر السابق.

وهذه العبارة توهم ان الطلاق المتتابـع يختلف عن الطلاق الثلاث جملة واحده وان هناك اختلاف بين الصورتين وقال بعدم الوقوع الهادي والناصر .

ولكني تتبعت الموضوع فرجعت الى كتاب التاج المذهب في احكام المذهب فوجدته واضحاً فيما ذكرته فقد جاء فيه[1] : «ولو طلقها اكثر من واحدة وسواء كانتا اثنتين ام اكثر بلفظ واحد نحو انت طالق ثلاثا او بالفاظ نحو انت طالق انت طالق فانه لايقع الا طلقة واحدة لان الطلاق عندنا لايتبع الطلاق في الصورتين معا .

اما الصورة الاولى : وهي انت طالق ثلاثا فالمذهب انها واحده . وهو قول كثير من العلماء .

واما الصورة الثانية : وهي انت طالق انت طالق فقول الامام الهادي واحد قولى الناصر انها تكون طلقة واحدة لان الطلاق عندهما لايتبع الطلاق اذ الثاني واقع على غير محله فلم يتصف لابسنة ولا ببدعة سواء أكانت المطلقة مدخولا بها ام لا في مجلس واحد ام في مجالس . وهو المختار للمذهب .

• • •

من قال بهذا المذهب من الفقهاء المذاهب الاخرى .

يحدثنا ابن القيم فيقول[2] : ان ابن مغيث المالكي روى هذا المذهب في كتاب الوثائق وهو مشهور عند المالكية عن بضعة عشر من فقهاء طليطله المفتين على مذهب مالك ـ هكذا قال ـ واحتج لهم بأن قوله : انت طالق ثلاثا : كذب لانه لم يطلق ثلاثا ولم يطلق الا واحدة كما لو قال : حلفت ثلاثا ،وكانت يمينا واحدة .

والذي فهمته من هذا النص ان حجة عدم الوقوع هي لابن مغيث ولكن بالرجوع الى القرطبي في تفسيره[3] وهو من فقهاء المالكية وأعلم بأبن مغيث وكتبه

---

(١) التاج المذهب ٢/١٩٩ .

(٢) اغاثة اللهفان ٣/٣٢٦.

(٣) احكام القرآن ٣/١٣٢

من غيره وجدت ان هذه الحجة ليست لابن مغيث انما جاء ذكرها عن ابن عباس في معرض استشهاده برأيه .

قال القرطبي : ذكر احمد بن محمد بن مغيث الطليطلي هذه المسألة في وثائقه فقال : الطلاق ينقسم على ضربين : طلاق سنة وطلاق بدعة فطلاق السنة هو الواقع على الوجه الذي ندب المشروع اليه . وطلاق البدعة نقيضه ، وهو ان يطلقها في حيض او نفاس او ثلاثاً في كلمة واحدة ، فان فعل ذلك لزمه الطلاق ثم اختلف اهل العلم بعد اجماعهم[1] ـ على انه مطلق ، كم يلزمه من الطلاق فقال علي بن ابي طالب وابن مسعود يلزمه طلقة واحدة ، وقاله ابن عباس ، وقال[2] : قوله ثلاثاً لامعنى له لانه لم يطلق ثلاث مرات وانما يجوز قوله في ثلاث اذا كان مخبراً عما مضى فيقول : طلقت ثلاثاً فيكون مخبراً عن ثلاثة افعال كانت منه في ثلاث اوقات كرجل قال : قرأت امس سورة كذا ثلاث مرات فذلك يصح ولو قرأها مرة واحدة فقال : قرأتها ثلاث مرات كان كاذباً .

وكذلك لو حلف بالله ثلاثاً يردد الحلف كانت ثلاث ايمان ، واما لو حلف فقال احلف بالله ثلاثاً لم يكن حلف الا يميناً واحدة والطلاق مثله .

وقاله الزبير بن العوام وعبد الرحمن بن عوف .

وروينا ذلك كله عن ابن وضاح[3] ـ وبه قال من شيوخ قرطبة ابن زنباع

---

(١) احب ان اشير هنا الى ان قول ابن مغيث اجماعهم لايعني عدم المخالف لاننا وجدنا بعض من يقول ان الطلاق البدعي من حيث العدد لايقع .

(٢) قوله قال يعني بذلك ابن عباس بدليل تتمة كلامه الذي سيأتي حيث يقول وروينا ذلك كله عن ابن وضاح فابن القيم على مايظهر لي ارجع ضمير قال لابن مغيث ومن الغريب ان هذا النص الذي نقلته عن القرطبي نقله ابن القيم بعد صفحات نقلا عن ابي الوليد هشام بن عبد الله وهذا ماسبب له هذا الاضطراب في الفهم فالتبس عليه قوله قال وان ابا الوليد اشار بقوله الى ابن مغيث لا ان ابن مغيث اشار بقوله الى ابن عباس .

(٣) ابن وضاح : الامام محمد بن وضاح الذي يأخذ عن طبقة أحمد بن حنبل وابن أبي شيبة ويحيى بن معين وبن سعيد وطبقتهم فتاوى ابن تيمية ٣/١٧

شيخ هدي ومحمد بن تقي بن مخلد ومحمد بن عبد السلام الحسني فريد وقته وفقيه عصره وأصبغ بن الحباب وجماعة سواهم[١] .

. . .

وقال ابن تيمية[٢] — وقد ذكره التلمساني رواية عن مالك وهو قول محمد بن مقاتل الرازى من أئمة الحنفية حكاه عنه المازري وغيره ، وقد ذكر هذا رواية عن مالك .

وقال ابن تيمية : وكان يفتي بذلك احياناً الشيخ ابو البركات ابن تيمية[٣] .

ولكني لم أجد في المحرر وهو من كتب الشيخ ابو البركات ماذكره ابن تيمية بل ذهب كالجمهور في المسألة . ومع هذا فان ابن تيمية قال أنه كان يفتي به أحياناً . وكل الذين نقلوا رأي ابي البركات بذلك نقلوه عن ابن تيمية لا عن مصدر آخر . فقد جاء في الجمع بين الاقناع والمنتهى[٤] —

واوقع الشيخ (ابن تيميه) من ثلاث طلقات مجموعة ، او متفرقة قبل رجعه طلقة واحدة ، وقال ، لانعلم أحداً فرق بين الصورتين[٥] ، وكان المجد يفتى به أحياناً .

---

(١) بعد كتابة هذا البحث اطلعت على فلم مصور لكتاب ابن مغيث نقله معهد المخطوطات في الجامعة العربية عن مكتبة الاسكوريال في اسبانيا . وهو موجود برقم ٥٣ فقه مالكي . فصحلي ماذكرته.

(٢) فتاوى ابن تيمية ١٧/٣ .

(٣) جاء في ترجمة حياة المجد ابن تيمية في طبقات الحنابلة للشيخ زين الدين ابن عبدالرحمن رجب الحنبلي كما جاء في مقدمة المحرر ١٤/١ .

(٤) الجمع بين الاقناع والمنتهى ١٣/٣ .

(٥) قول ابن تيمية لانعرف أحداً فرق بين الصورتين غير دقيق فان كثيراً من الفقهاء فرقوا بين الصورتين وفي المذهب الزيدي خلاف بين مذهب الناصر وغيره في هذا الموضوع وكذلك في المذهب الجعفري كما ذكرنا .

أما ماجاء في المحرر [1] ـ اذا قال لمدخول بها : انت طالق أنت طالق أنت طالق طلقت ثلاثاً ، الا أن ينوي بالتكرار تأكيداً او افهامها فيقبل .

ويعد ابن تيمية اول من قال بهذا الرأي في المذهب الحنبلي ودافع عنه بحجج قوية وتبعه بعض فقهاء الحنابلة ، اشهرهم تلميذه ابن القيم .

غير أن بعض تلامذة ابن تيمية خالفوه بذلك كالحافظ ابن رجب رغم انه كان من أشد اتباع الحنابلة لابن القيم وابن تيمية ومع هذا فقد رد على من قال بوقوع الثلاث واحدة في كتاب سماه : بيان مشكل الاحاديث الواردة في أن الطلاق الثلاث واحدة .

وفي المكتبة الظاهرية في دمشق كثير من مخطوطات فقهاء الحنابلة المتأخرين والمتقدمين خالفوا فيها مذهب ابن تيمية بعنف وشدة .

قال الحافظ جمال الدين عبد الهادي الحنبلي في كتابه المخطوط في المكتبة الظاهرية تحت رقم ٩٩ قسم المجاميع عنوانه : السير الحاث الى علم الطلاق الثلاث [2].

يقول : الطلاق الثلاث يقع ثلاثاً هذا هو الصحيح من المذهب ولا تحل حتى تنكح زوجاً غيره ، وهذا القول مجزوم به في اكثر كتب الامام أحمد .

وذكر اسحاق بن منصور شيخ الترمذي في مسائله عن أحمد وهي مخطوطة في المكتبة الظاهرية بدمشق تحت رقم ٨٣ فقه الحنابلة رواية عن احمد لمن سأله عن حديث ابن عباس بأي شيء ترده قال : برواية الناس عن ابن عباس انها ثلاث [3].

* * *

---

(١) المحرر ٢/٥٦ .

(٢) مخطوط في المكتبة الظاهرية بدمشق تحت رقم ٩٩ قسم المجاميع .

(٣) مخطوط في المكتبة الظاهرية بدمشق تحت رقم ٨٣ فقه الحنابلة .

وقال ابن حجر[١] - ومن القائلين بالتحريم واللزوم من قال اذا طلق ثلاثا مجموعة وقعت واحدة وهو قول محمد ابن اسحاق صاحب المغازي .

وقال النووي[٢] - وقال طاووس وبعض أهل الظاهر لايقع بذلك الا واحدة وهو رواية عن الحجاج ابن ارطأة ومحمد ابن اسحق .

وقال ابن القيم ان هذا مذهب اهل الظاهر داود واصحابه ، وذنبهم عند كثير من الناس : اخذهم بكتاب ربهم ، ونبذهم القياس وراء ظهورهم ، فلم يعيثوا به شيئاً وخالفهم محمد ابن حزم في ذلك ، فأباح جمع الثلاث اذا أوقعها .

وقال ابن القيم : وممن حكي الخلاف حتى عن المالكية انفسهم في هذه المسألة ابو الحسن علي بن عبدالله بن ابراهيم اللخمي المشطي صاحب كتاب الوثائق الكبير الذي لم يصنف في الوثائق مثله[٣].

وممن قال بهذا المذهب الشوكاني فقال في تفسير قوله تعالى الطلاق مرتان في فتح القدير[٤] : وقد اختلف اهل العلم في ارسال الثلاث دفعة واحدة هل يقع ثلاثا او واحدة فقط فذهب الى الاول الجمهور وذهب الى الثاني من عداهم وهو الحق .

ونقل القرطبي عن ابن مغيث[٥] : وقد يخرج بالقياس من غير مساله من

---

(١) الفتح الباري ٢٩٧/٩ .

(٢) صحيح مسلم شرح النووي ٧٠/١٧ .

(٣) اغاثة اللهفان ٣٢٩/١ .

(٤) فتح القدير ٢١٢/١ .

(٥) تفسير القرطبي ١٣٣/٣ .

المدونة[1] مايدل على ذلك، من ذلك قول الانسان : مالي الى صدقه في المساكين ان الثلث يجزيه من ذلك .

وكأني المح من عبارة لابن رشد انه يميل الى هذا المذهب . قال في بداية المجتهد[2] : وكان الجمهور غلبوا حكم التغليظ في الطلاق سدا للذريعة ولكن تبطل بذلك الرخصة الشرعية والرفق المقصود في ذلك اعني في قوله تعالى : لعل الله يحدث بعد ذلك امرا .

. . .

---

(١) جاء في اغاثة اللهفان وهو ينقل رأي ابن مغيث خطأ في لفظ المدونة فذكرها من الديانة فلتصحح .

(٢) بداية المجتهد ٢/٣٧ .

المذهب الثالث

مذهب الجمهور

قال جمهور الفقهاء: يقع الطلاق المقترن بلفظ الثلاث او المتكرر كما اوقعه الزوج.

جاء في تفسير القرطبي [1] : واتفق ائمة الفتوى على لزوم ايقاع الطلاق الثلاث في كلمة واحدة.

وقال القدوري [2] ـ وطلاق البدعة .. فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وبانت منه وكان عاصياً.

. . .

وقبل أن نأتي بأدلة من قال لايقع الطلاق المتعدد او المتكرر إلا طلقة واحدة، وأدلة الجمهور، سوف انقل نصين لعالمين جليلين من كبار فقهاء الاحناف والمالكية.

قال الجصاص [3] ـ ولولا قيام الادلة في اباحة ايقاع الثلاث في وقت السنة وايقاع الواحدة لغير المدخول بها لاقتضت الآية حظره.

وقال ابن العربي [4] « وقد كنا نقول بان غيره ليس بمشروع لولا تظاهر الاخبار والاثار وانعقاد الاجماع من الأمة بأن من طلق طلقتين او ثلاثاً ان ذلك لازم له ».

والذي افهمه من هذين النصين ان سبب الخلاف في الطلاق الثلاث ليس منشأه ماجاء في القرآن الكريم لانه صريح بما فيه بل بما ورد في السنة الكريمة واقوال الصحابة.

ولهذا سوف اعتمد في حجج الطرفين على ماجاء في السنة وفي اقوال الصحابة.

---

(١) تفسير القرطبي ١٢٩/٣.

(٢) متن القدوري ٣١/٢.

(٣) احكام القرآن . الجصاص.

(٤) احكام القرآن . ابن العربي.

المطلب الثالث ــ ادلة من قال لايقع الطلاق الا واحدة

استدل اصحاب هذا المذهب على ان الطلاق المتتابع أو المقترن بعدد لايقع الا واحدة بالادلة التالية :

١ ــ الاحاديث التي صحت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

٢ ــ اقوال بعض الصحابه والتابعين .

اولاً ــ الاحاديث

أ ــ حديث ابن عباس[١]

روى طاوس عن ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة ، فقال عمر : ان الناس قد استعجلوا في امر كانت لهم فيه اناة فلو امضيناه عليهم[٢] .

وفي رواية : عن طاوس . ان أبا الصهباء قال لابن عباس هات من هناتك ألم يكن طلاق الثلاث على عهد رسول الله وابي بكر واحدة قال : قد كان ذلك ، فلما كان في عهد عمر تتابع الناس في الطلاق فاجازه عليهم[٣] .

---

(١) عبد الله بن عباس بن عبد المطلب . ولد قبل الهجرة بسنتين . كان من كبار فقهاء الصحابة . اشتهر بالفتوى والتفسير وقد دعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يفقه في الدين توفي في الطائف سنه ٦٨ ﻫ .

(٢) صحيح مسلم شرح النووي ٦٩/١٠ .

(٣) المصدر السابق ٧٢/١٠ .

وعن ابن جريج أخبرني ابن طاوس عن أبيه أن أبا الصهباء قال لابن عباس أتعلم انما كانت الثلاث تجعل واحدة على عهد النبي وأبي بكر وثلاثاً من أمارة عمر فقال ابن عباس : نعم .

وفي رواية : عن طاووس ان رجلا يقال له ابو الصهباء كان كثير السؤال لابن عباس فقال : أما علمت أن الرجل كان اذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله وأبي بكر وصدراً من خلافة عمر ، قال ابن عباس : بلى كان الرجل اذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله وابي بكر وصدرا من امارة عمر فلما رأى الناس قد تتابعوا فيها ، قال : اجيزوهن عليهم[1] .

وقد روى ابن حجر هذه الروايات في الفتح الباري[2] وقد أوردتها لان هذا الحديث هو أصل الخلاف في موضوع الطلاق الثلاث ، وقد تكلم به الفقهاء والمحدثون كثيراً ، وسأذكر ماقيل في هذا الحديث واستعجل القول فأقول ان اكثر الذين عارضوه وخالفوه اعترفوا بصحته فقد قال الامام احمد حينما سئل عن هذا الحديث بأي شيء تدفعه ؟ . قال : برواية الناس عن ابن عباس على وجوه خلافه .

فلم يقل الامام احمد ان الحديث غير صحيح ولكنه لم يعمل بالحديث لروايات اخرى صحت لديه عن ابن عباس تخالف هذا الحديث .

* * *

---

(١) اعلام الموقعين ٣/٤٢
وهناك رواية في اغاثة اللهفان ١/٢٨٧ عن ابن عباس . اذا قال انت طالق ثلاثاً بفم واحد ، فهي واحدة .

(٢) الفتح الباري ٩/٢٩٦ .

ويمكننا ان نرد اقوال العلماء في هذا الحديث الى أربعة أمور :

١ – من العلماء من رد هذا الحديث بفتوى ابن عباس نفسه بوقوع الثلاث فقالوا ان الفتوى دليل رجوع ابن عباس او ظهور ناسخ لديه .

٢ – ومنهم من قال : ليس في الحديث مايشير الى أن هذا كان باقرار النبي أو فعله فلا حجة فيه .

٣ – وقال بعضهم ان حديث ابن عباس روى بروايات مختلفة وبألفاظ عدة فهو مضطرب لايصح الاستدلال به .

٤ – وفريق رابع اعترف بصحة الحديث ولكن لم يعمل به لانه ذهب بتأويله وتفسيره مذاهب شتى .

. . .

١ – فتوى ابن عباس

عن مجاهد قال : كنت عند ابن عباس فجاءه رجل فقال انه طلق امرأته ثلاثاً فسكت حتى ظننت انه رادها اليه ، ثم قال : ينطلق احدكم فيركب الحموقة ثم يقول : يا ابن عباس ... وان الله قال ومن يتق الله يجعل له مخرجا وانك لم تتق الله فلم أجد لك مخرجا عصيت ربك فبانت منك امرأتك[١] .

قالوا هذه فتوى ابن عباس صريحة بدلالتها على وقوع الطلاق الثلاث فمن طلق امرأته بانت منه وحرمت عليه وعصى الله فيما فعل .

. . .

مناقشة فتوى ابن عباس :

سنناقش فتوى ابن عباس من ثلاث وجوه :

---

(١) الفتح الباري ٩/٢٩٧، نيل الاوطار ٦/٢٢٩.

١) هل صحيح ان ابن عباس افتى بخلاف رواياته .
٢) وهل يجوز للصحابي ان يفتي بخلاف روايته .
٣) ثم اذا افتى الصحابي بخلاف روايته هل يؤخذ بفتواه ام بروايته ؟..

اولاً – اما من حيث صحة فتوى ابن عباس بالوقوع :

فقد رواها عنه مجاهد ، وسعيد بن جبير وعطاء بن ابي رباح ، وعمرو بن دينار ، ومالك بن الحويرث ، ومحمد ابن اياس البكير وغيرهم وقالوا جميعاً ان ابن عباس الزم الثلاث من اوقعها جملة .

ولهذا فاننا نقول ان فتواه بالوقوع صحيحة عنه لا شك فيها حتى ان ابن القيم وهو ممن يقول بوقوع الثلاث واحدة، ومن اشد انصار هذا المذهب قال في إغاثة اللهفان بعد ان اورد حجج القائلين بعدم الوقوع : ونحن لا نشك ان ابن عباس صح عنه خلاف ذلك ، وانها ثلاث[١] .

ويقول ابن القيم في محل آخر في الاغاثة[٢] : وعن ابن عباس روايتان ؛ احداهما : موافقة لرأي عمر رضي الله عنه تأديباً وتعزيزاً للمطلقين .

والثانية : الافتاء بموجبه .

ففتوى ابن عباس صحيحة غير انه قد روى عنه فتوى أخرى بعدم الوقوع ربما كانت اكثر صراحة ، وهي مارواه عنه ابو الصهباء، وهي لا تحتمل التأويل الذي أول به البعض رواية مجاهد ، وقد روى عكرمة ايضاً ان ابن عباس كان يفتي بالواحدة[٣] .

وبهذا يصبح لدينا فتوى ابن عباس التي رواها ابو الصهباء وهي صريحة

---

(١) اغاثة اللهفان ١/٣٢٤.
(٢) تفسير القرطبي ٣/١٢٩.
(٣) اغاثة اللهفان ١/١٨٧.

بعدم الوقوع ثلاثاً وروايته عن النبي صلى الله عليه وسلم وكلاهما يدلان على ان من اوقع الثلاث جملة لاتقع الا واحدة، والى جانب ذلك فتوى رواها مجاهد فنرجح الفتوى الاولى لموافقتها الرواية ونقول: من طلق امرأته ثلاثاً جملة فلا تقع الا طلقة واحدة.

ثانياً: هل يجوز للصحابي ان يفتي بخلاف روايته:

واما هل يجوز للصحابي ان يفتي بخلاف رأيه؟.. قالوا: ان الاحتمالات المسوغة لترك الرواية والعدول الى الرأي كثيرة منها ظهور دليل لدى الراوي كنسخ مثلا اطلع عليه ولم ينقل الينا فعدل عن روايته وافتى بخلافها، وقد يخالف الراوي فيفتي بخلاف ما رواه لنسيانه او لعدم فهم الاستفتاء مثلا، وعلى كل حال فقد ثبت عن صحابة رسول الله انهم افتوا بخلاف رواياتهم.

ثالثاً – مخالفة الراوي روايته بفتواه:

هذا بحث اصولي – مخالفة الراوي لروايته – تناوله الاصوليون في جميع كتبهم وهو أن الصحابي اذا خالف روايته بفتواه كما لو روى رواية بموضوع معين في شكل ما، ثم افتى بخلاف ماروى، هل نأخذ بروايته التي رواها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ام نأخذ بفتواه، التي افتى بها بعد تلك الرواية؟.

المشهور عند الشافعي انه يؤخذ برواية الراوي لابفتواه. وعند الاحناف يؤخذ بفتواه دون روايته. وعند احمد قولان المشهور عنده الاخذ بالرواية دون الفتوى، وها نحن نأتي بشواهد اخذ بها الائمه برواية ابن عباس نفسه وتركوا فتواه[1]:

---

(١) جاء في قواعد الحديث ص ٧٠:

ولا يضر الخبر الصحيح عمل أكثر الأمة بخلافه.. ولا يضره عمل الراوي له بخلافه، خلافاً لجمهور الحنفية والمالكية لأنا متعبدون بما بلغ الينا من الخبر ولم نتعبد بما فهمه الراوي، ولم يأت من قدم عمل الراوي على روايته بحجة تصلح للاستدلال بها.

اخذ الجمهور برواية ابن عباس في بيع الأمة ولم يأخذوا بفتواه .

فقد روى ابن عباس في حديث بريرة [1] : ان بيع الامة ليس طلاقا لهالان رسول الله صلى الله عليه وسلم خيرها ولو انفسخ النكاح ببيعها لم يخيرها ، مع ان مذهب ابن عباس خلاف ذلك وهو ان بيع الامة طلاقها . [2]

وقد اخذ الحنفية ايضاً برواية ابن عباس في طلاق المكره ولم يأخذوا بفتواه فقد روى ابن عباس كل الطلاق جائز الا طلاق المعتوه فقالوا بوقوع طلاق المكره. مع ان ابن عباس افتى انه ليس لمكره ولا مضطهد طلاق فهم قد اخذوا بروايته وتركوا فتواه .

وأخذ الحنفية والحنابلة بحديث علي وابن عباس : صلاة الوسطى صلاة العصر وقد ثبت عن علي وابن عباس انها صلاة الصبح .

واخذ الائمة الاربعة وغيرهم بخبر عائشة في التحريم بلبن الفحل [3] وقد صح

---

(١) خبر بريرة : بريرة : هي أمة اشترتها السيدة عائشة ثم اعتقتها وجعلت ولاءها لها جاء في صحيح البخاري ٩/٣٣٦ في باب خيار الأمة تحت العبد عن ابن عباس : ان زوج بريرة كان عبداً اسود يقال له مغيث ، كأني انظر اليه يطوف خلفها يبكي ودموعه تسيل على لحيته . فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعباس : يا عباس الا تعجب من حب مغيث بريرة ومن بغض بريرة مغيثا ؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم : لو راجعته ؟.. قالت يارسول الله أتأمرني؟. قال : انما انا اشفع . قالت : فلا حاجة لي فيه .

(٢) اغاثة اللهفان ١/٢٢٢ . ذهب ابن عباس الى ان بيع الأمة طلاقها واحتج بظاهر القرآن وهو قوله تعالى : « والمحصنات من النساء الا ماملكت ايمانكم » فأباح وطء مملوكته ، ولو كان النكاح باقياً لم ينفسخ ولم يبح وطأها .

(٣) لبن الفحل نسبة اللبن الى الرجل . من المسائل الخلافية بين الفقهاء ، وهي حين ترضع المراة طفلا بحيث يصبح ابنها في الرضاعة فهل تمتد هذه الحرمة الى زوجها فيحرم عليه ما يحرم على الزوج .

قال جمهور الفقهاء : اذا أرضعت الزوجة طفلا حرم على زوجها فلو ارضعت بنتاً مثلا فانها تحرم على اقاربه ، فتحرم على أخيه لأنها أصبحت ابنة اخيه ..

وخالف ذلك بعض الفقهاء فقالوا ان الحرمه خاصة بالمرأة .راجع الاحوال الشخصية للدكتور السباعي ص ١١١ .

عنها خلافه وانه كان يدخل عليها من ارضعته بنات اخوتها ولا يدخل عليها من ارضعته نساء اخوتها .

قال ابن حجر في الفتح في باب الخلع [1] بعد ان ذكر ان ابن عباس خالف روايته الذي رواها ان الخلع طلاق ثم افتى بان الخلع فسخ قال : وفي الحديث ان الصحابي اذا افتى بخلاف ماروى ان المعتبر مارواه لامارآه لان ابن عباس روى قصة امرأة ثابت بن قيس الدالة على ان الخلع طلاق وكان يفتي بان الخلع ليس بطلاق .

قال ابن القيم في اعلام الموقعين [2]

« والذي ندين الله به ولا يسعنا غيره : ان الحديث اذا صح عن رسول الله ولم يصح عنه حديث آخر ينسخه ان الفرض علينا وعلى الامة الاخذ بحديثه وترك كل ماخالفه ، لانتركه لخلاف احد من الناس كائنا من كان راويه . اذ من الممكن ان ينسى الراوي الحديث ولا يحضره وقت الفتيا ، او لايتفطن لدلالته على تلك المسألة او يتأول فيه تأويلا مرجوحا ، او يقوم في ظنه ما يعارضه ولا يكون معارضا في نفس الامر . او يقلد غيره في فتواه بخلافه لاعتقاده انه علم منه وانه انما خالفه لما هو أقوى منه .

ولو قدر انتفاء ذلك كله ، ولا سبيل الى العلم بانتفائه ولا ظنه ، لم يكن الراوي معصوما ، ولم يوجب مخالفته لما رواه سقوط عدالته حتى تغلب سيئاته حسناته ، وبخلاف هذا الحديث الواحد لايحصل له ذلك » .

• • •

---

(١) فتح الباري ٣٢/٩ .
(٢) اعلام الموقعين ٥٢/٣ .

٢ ـ عدم علم الرسول برواية ابن عباس :

وقال بعض الفقهاء بما انه قد صحت الفتوى عن ابن عباس بوقوع الطلقات الثلاث فهذا يدل على ان روايته لم تكن بعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا بأمره اذ كيف يروي ابن عباس رواية عن الرسول ثم يفتي بخلافها ، ومن ذهب الى هذا الرأي المنذر وقال ، لايظهر بابن عباس ان يحفظ عن النبي صلى الله عليه وسلم شيئاً ويفتي بخلافه [١] .

وقال ابن حزم [٢] ليس شيء منه انه عليه الصلاة والسلام هو الذي جعلها واحدة اوردها الى الواحدة ولا انه عليه السلام علم بذلك فأقره ، ولاحجة الا فيما صح انه عليه السلام قاله او فعله او علمه فلم ينكره » .

. . .

مناقشة ذلك .

اما استدلالهم بمخالفة فتوى ابن عمر لروايته على ان ذلك لم يكن بعلم الرسول عليه السلام فينقضه ماذكرناه ان الصحابة كانوا يفتون احيانا بخلاف رواياتهم ومع هـذا فان رواية ابي الصهباء في سنن النسائي صريحة برفع ذلك الى الرسول عليه السلام : [٣]

« عن ابن جريج عن ابن طاوس عن ابيه ان ابا الصهباء جاء الى ابن عباس فقال : ياابن عباس الم تعلم ان الثلاث كانت على عهد رسول الله وابي بكر وصدرا من خلافه عمر رضي الله عنهما ترد الى الواحدة ـ قال : نعم . »

فلو كان ادعاؤهم صحيحاً لقال ابن عباس لسائله لا ادري ابلغ ذلك رسول الله فأقره ام لم يبلغه ، مثلا ، فأقرار ابن عباس دليل على أنه بلغه شيء من ذلك عن الرسول صلى الله عليه وسلم .

---

(١) الفتح الباري ٢٩٩/٩ .
(٢) المحلى ١٦٨/١٠ .
(٣) سنن النسائي ١٤٥/٦ .

وفضلا عن ذلك فقد قال ابن حجر [1] : « ان قول الصحابي كنا نفعل كذا في عهد رسول الله في حكم المرفوع على ما هو الراجح فقول ابن عباس كنا نفعل يفهم منه أن النبي كان يبلغه ذلك ويقره . »

ثم لو كانت فتوى ابن عباس برأيه ودون اقرار النبي عليه السلام لذلك فما معنى قول عمر : ان الناس قد استعجلوا في امر كانت لهم فيه اناة وما معنى قوله : فلو امضيناه عليهم ؟..

ألم يكن من السهل والواضح جدا على عمر ان يقول لهم هذه سنة رسول الله فمن خالفها فقد خالف شريعة الاسلام في الطلاق .

ان في قول عمر اشارة ودلالة على انه امضى عليهم حكما لم يكن في عصر النبي ولا عصر ابي بكر .

• • •

٣ ـ الطعن في حديث ابن عباس :

١) ـ لم يروه البخاري . ٢) مضطرب من جهة المتن والاسناد .

٣) ـ انفرد به راويه فهو شاذ ٤) لم ينقله عن ابن عباس الا طاوس .

١ ـ قالوا ان حديث ابن عباس لم يروه البخاري في صحيحه فقد روى في باب اللعان ان عويمرا العجلاني طلق زوجته ثلاثا ولم يشر الى هذا الحديث في قول فدل على عدم صحته [2] .

٢ ـ وان الحديث مضطرب من جهة المتن فانه روي تارة : ألم تعلم ان الرجل كان اذا طلق امرأته ثلاثاً قبل ان يدخل بها جعلوها واحدة . وتارة

---

(١) الفتح الباري ٩/٢٩٩

(٢) جاء حديث عويمر العجلاني في صحيح البخاري في اكثر من موضع فقد رواه في باب الطلاق ٩/٣٠١ ورواه في باب اللعان ٩/٣٧٠

روي ألم يكن الطلاق الثلاث على عهد رسول الله وابي بكر وصدرا من خلافة عمر واحدة .

ومضطرب من جهة الاسناد فتارة يروى عن طاوس عن ابن عباس وتارة عن طاوس عن ابي الصهباء[٣] .

٣ – ولقد انفرد ابن عباس برواية هذا الحديث فهو شاذ غير معتبر . فلم ينقل الينا احد من صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم رواية أو حكما أو فتوى غير ما نقله ابن عباس فدل انفراده بهذه الرواية على عدم صحتها .

وقد نقل صاحب سبل السلام عن القرطبي[١] – « ان هذا الحكم منقول عن جميع اهل ذلك العصر والعادة تقتضي ان يظهر ذلك وينتشر ولا ينفرد به ابن عباس فهذا يقتضي التوقف عن العمل بظاهره اذا لم يقتض القطع ببطلانه .

٤ – وحتى ان جميع من نقلوا عن ابن عباس فقد نقلوا رواياته وفتاواه بالوقوع ثلاثاً ولم ينفرد الا طاوس برواية الوقوع واحدة ، فهذا يدل على ترجيح من نقل عنه روايات الوقوع لانها موافقة للجمهور .

• • •

الجواب على من طعن بحديث ابن عباس :

١ – اما قولهم ان البخاري لم يرو هذا الحديث فالجواب على ذلك ان غير البخاري من ائمة الحديث قد رووه في كتبهم الصحيحة فقد رواه مسلم واحمد . وقد سئل عنه احمد بأي شيء ترده ؟ فقال برواية الناس عن ابن عباس خلافه . ولم يطعن بالحديث انما رجح الروايات المخالفة عليه لموافقتها الجمهور كما ذكرنا . ثم هل جميع الاحاديث الصحيحة هي التي رواها البخاري فقط ؟.. لقد

---

(١) قال القرطبي ٣/١٢٩ بعد ان ذكر من نقل فتوى ابن عباس بوقوع الثلاث : وفيما رواه هؤلاء الائمة عن ابن عباس مما يوافق الجماعة مايدل على وهن رواية طاوس وغيره .

(٢) سبل السلام ٣/٢٣٠

جمع البخاري احاديث صحيحة لم يذكرها في صحيحه في كتاب خاص سماه الجامع المختصر الصحيح [١].

وقال ابن حجر[٢] اتفق العلماء على وجوب العمل بكل ماصح، ولو لم يخرجه الشيخان:

بل اني وجدت في صحيح البخاري عنوانا للطلاق يقول: باب من جوز ايقاع الثلاث – فهذا يدل على ان البخاري كان يعلم ان بالامر خلافاً والا لم يقل باب من جوز ايقاع الثلاث [٣].

٢ – وأما اختلاف الروايات فلا خلاف في انه روي عن ابن عباس روايتان احداهما قبل الدخول والثانية بعد الدخول ولا تعارض بين الروايتين فانه يمكن القول بأن السؤال بالمرة الاولى كان في حق البكر والثانية في حق الثيب. كما ان الرواية الاخرى لاتعارض الثانية اذ هي جزء منها.

وأما من جهة الاختلاف في السند فاسناد الحديث صحيح جدا فقد حدث به عبد الرزاق وغيره عن ابن جريج عن ابن طاوس عن ابيه. وطاوس اقرب الناس الى ابن عباس.

٣ – وقولهم: ان هذا الحديث لم يروه الا ابن عباس وحده فهو شاذ – فان الشاذ كما عرفه الشافعي بقوله: – «وليس الشاذ ان ينفرد الثقة برواية الحديث بل الشاذ ان يروى خلاف ما رواه الثقات».

وفي رأيي ان عدم رواية هذا الحديث الا من ابن عباس تثير شيئاً من الدهشة لاشكاً برواية ابن عباس فلم يشك احد في هذا الصحابي الجليل انما الا يعتبر سكوت الصحابة او عدم علمهم في موضوع يتصل بكل اسرة ويحتاج اليه كل بيت ضم زوجاً وزوجه محلاً للتساؤل: لماذا لم يرو هذا الحديث احد سوى ابن عباس؟.

---

(١) اغاثة اللهفان ١/٢٩٤

(٢) قواعد التحديث، جمال الدين القاسمي ص ٦٥ وراجع في هذا الموضوع السنة ومكانتها في التشريع الاسلامي للدكتور مصطفى السباعي.

يقول رجال الحديث ان الزهري انفرد بنحو ستين سنة . وقال الصنعاني[1] كم من سنة انفرد بها راوولا يضر ، سيما مثل ابن عباس بحر الامة .

ومع هذا فاني لازلت ارى ان سائر مانقل عن الزهري مما أنفرد به هو او غيره لاتعدو أهميته أهمية موضوع الطلاق فأكثر الاحاديث ربما اتصلت باشخاص دون آخرين او بموضوع دون آخر اما الاحاديث التي جاءت في شؤون الزواج والطلاق فقد كان كل مسلم حريصاً على معرفتها .

• • •

٤ – واما قولهم ان طاوس انفرد بالرواية عن ابن عباس فغير صحيح ولو صح لكان انفراده لايطعن بصحة الحديث وقد قال ابن حجر : ان طاوس ثقة حافظ فقيه فلا يضر تفرده[2] .

فقد روى هذا الحديث عن ابن عباس عكرمه وابو الصهباء وابو الجوزاء .

وحديث ابي الجوزاء جاء في مستدرك الحاكم ، من حديث عبد الله بن المؤمل عن ابن ابي مليكه ان ابا الجوزاء اتى ابن عباس ، فقال : ألم تعلم ان الثلاث كن يرددن على عهد رسول الله الى واحدة . قال : نعم .

قال الحاكم : هذا حديث صحيح[3] .

وروى عكرمة عن ابن عباس انه قال : اذا قال انت طالق ثلاثاً بفم واحد فهي واحدة . وكذلك روى ابو الصهباء . فالرواة اذن اربعة : طاوس وابو الصهباء وعكرمة وابو مليكه[4] .

---

(١) سبل السلام ٣/٢٣١

(٢) وجدت في باب الخلع في الفتح الباري ان ابن حجر يرد على ابن عبد البر حين طعن بما رواه طاوس عن ابن عباس في ان الخلع فسخ فقال : لكن ادعى ابن عبد البر شذوذ ذلك عن ابن عباس اذ لايعرف له احد نقل عنه انه فسخ وليس بطلاق الا طاوس . وفيه نظر : لان طاووساً ثقة حافظ فقيه فلا يضر تفرده . الفتح الباري ، ٩/٣٣٢ .

(٣) الروض النضير ٤/١٣٩ اعلام الموقعين ٣/٤٢

(٤) وقد روى البخاري في صحيحه عن ابن ابي مليكة في باب الشقاق وهل يشير بالخلع عند الضرورة ٩/٣٣٢ ذكرت ذلك لاني وجدت بعض المؤلفين يطعن في سند هذا الحديث لان ابن ابي مليكة مجهول .

واما اختلاف الروايات عن ابن عباس فلا خلاف ان هناك رواية عن رسول الله وفتوى من ابن عباس فحديث كان الطلاق .. رواه جماعة فقالوا ان مذهب ابن عباس وقوع الثلاث واحدة . وفتواه بوقوع الثلاث ثلاثاً نقلها ايضاً جماعة عنه ، ومن هنا ظن البعض ان في الامر بعض الاضطراب في النقل - والحق لا اضطراب بل بعضهم نقل روايته وبعضهم نقل فتواه .

وقد سبق ان ذكرنا اذا اختلفت فتوى الصحابي عن روايته بأيهما نأخذ وذكرنا رأي اكثر الفقهاء والاصوليين بأن العبرة للرواية لا للفتوى لانها اقوى حجة لسندها الى رسول الله بينما الفتوى هي رأي يرتأيه قد يخطىء فيه وقد يصيب .

• • •

٤ ـ تأويلات حديث ابن عباس :

لم يسع معظم الذين خالفوا حكم ابن عباس في وقوع الثلاث واحدة ان يطعنوا في صحة الحديث الذي كان سبب هذ الخلاف .

قال ابو الوليد الباجي : وعندي ان الرواية عن ابن عباس بذلك صحيحه، فقد رواه عنه الائمة : معمر وابن جريج وغيرهما ، وابن طاوس امام ،[١] ولكنهم ذهبوا في تأويله مذاهب شتى اهمها في رأي ثلاثة :

١) ـ ان معنى الحديث ان الناس كانوا يطلقون واحدة فأصبحوا يطلقون ثلاثاً .

٢) ـ ان الثلاث في نص الحديث المقصود منها التأكيد لا التكرار .

٣) ـ ان الحديث منسوخ بحكم آخر اطلع عليه ابن عباس ولم ينقل الينا .

• • •

١ ـ تغيير عادة لا تغيير حكم :

قال بعضهم معنى الحديث : كان الطلاق الثلاث .. واحدة ، اي أن الناس

---

(١) تفسير القرطبي ٣/١٢٩

كانوا اذا طلقوا نساءهم طلقوهن واحدة ، اي مايفعله الناس اليوم من ايقاع الطلقات الثلاث كانوا في العصر الاول يوقعونه طلقة واحدة وليس معنى الحديث انهم كانوا يطلقون ثلاثاً وتعتبر واحدة[1] .

وبهذا فسروا هذا الحديث وقالوا : انه اخبار عن اختلاف عادات الناس في ايقاع الطلاق لا في وقوعه[2] .

وهذا التأويل يذهب الى ان عمر لم يغير المشروع ولا المعمول به في عصر النبي وأبي بكر وبداية عهده ، بل ان الناس هم انفسهم الذين غيروا عادتهم في الطلاق من الطلقة الواحدة الى الطلقات الثلاث ولهذا الزمهم بها حين خالفوا المشروع من جهة وما كانوا عليه من جهة ثانية .

فالحديث اذن يدلنا على تغيير عادة لاتغيير حكم ، وبمعنى آخر هو اخبار عن الواقع لا عن المشروع .

وقد قدم هذا الرأي ابن قدامه من الحنابلة واختاره من المالكية ابو الوليد الباجي ومن الشافعية الكيا الهراسي .

قال في المغني[3] : وقيل معنى حديث ابن عباس ان الناس كانوا يطلقون واحدة على عهد رسول الله وأبي بكر والا فلا يجوز ان يخالف عمر ما كان في عهد رسول الله وأبي بكر ولايسوغ لابن عباس ان يروي هذا عن رسول الله ويفتي بخلافه .

ونقل المفسر القرطبي عن ابي الوليد الباجي[4] .

« ومعنى الحديث انهم كانوا يوقعون طلقة واحدة بدل ايقاع الناس الان ثلاث طلقات ويدل على صحة هذا التأويل ان عمر قال : ان الناس قد استعجلوا في امر كانت لهم فيه اناة .

---

(١) زاد المعاد ٤/٥٧ الاغاثة ١/٢٩٦

(٢) سبل السلام ٣/٢٣١

(٣) المغني ٨/٢٤٣

(٤) تفسير القرطبي ٣/١٢٩

وما تأوله الباجي هو الذي ذكره الكيا الهراسي في مخطوطه احكام القرآن فقد قال ان مراد قول ابن عباس تغيير عادة المسلمين لا تغيير حكم الله في الطلاق.[1]

وقد ذهب ايضا مذهب الكيا الهراسي من الشافعية ابو زرعه الرازي[2] - فقد قال « ان الطلاق المعتاد في الزمن الاول كان طلقة واحدة وصار الناس في زمن عمر يوقعون الثلاث دفعة واحدة فنفذه عليهم، فيكون اخبارا عن اختلاف عادة الناس لا عن تغيير حكم في مسألة واحدة . »

وهذا الرأي أيضاً اورده البيهقي - باسناده الصحيح الى ابي زرعة انه قال: معنى هذا الحديث عندي ان ما تطلقون انتم ثلاثا كانوا يطلقون واحدة.[3]

وقال ابن حجر : واعتمد هذا : الشيخ علاء الدين النجاري الحنفي .

٢ - المقصود بالثلاث التأكيد لا التكرار :

وذهب بعضهم في تفسير هذا الحديث الى أن المراد بالطلقات الثلاث أنهم كانوا اذا قال احدهم لزوجته انت طالق انت طالق فالمراد من تكرارهم هذا احد المعنيين وهو التأكيد ، لان هذا اللفظ يدل على التأكيد او التكرار ، ففي العصر الاول كانوا يقصدون المعنى الاول دون الثاني ، أي انهم وان كرروا عدد الطلقات ولكنهم كانوا لا يقصدون التعدد بل التأكيد وكان يقبل منهم هذا الادعاء لصدق دعواهم وحسن نواياهم وبعدهم عن الكذب

---

(١) احكام القرآن الكيا الهراسي وهو من فقهاء الشافعية توفي سنة ٥٠٤ والمخطوط من أنفس ما عثرنا عليه من تراثنا الفقهي وهو تفسير لآيات الأحكام كأحكام القرآن للجصاص واحكام القرآن لابن العربي واحكام القرآن للقرطبي فهو يتمم هذه المجموعة للمذاهب الاربعة . ويوجد منه نسختان مخطوطتان في دار الكتب المصرية والمكتبة الازهرية وفي معهد المخطوطات للجامعة العربية نسخة مصورة عنه .

(٢) مغنى المحتاج ٣/٣١١ حيث ورد رأيه في هذا الكتاب مفصلا .

(٣) فتح الباري ٩/٢٩٩

واخفاء الحقائق ، أما في عصر عمر فقد تغيرت النفوس وفسدت بعض الضمائر وأقبل الناس على الطلاق الثلاث فخشي عمر ان هو تركهم على ما كانوا عليه ، وقبل منهم دعواهم بالتأكيد لا بالتعداد ، ان يقع الناس في مفسدة ولهذا الزمهم بالثلاث .

ومما أيدوا به دعواهم قول عمر : ان الناس قد استعجلوا في امر كانت لهم فيه اناة وقد قال بهذا الرأي : النووي والسبكي من الشافعية ، وابن الهمام من الاحناف .

جاء في الفتح الباري [1] :

قال ابن سريج وغيره : « يشبه ان يكون ورد في تكرير اللفظ كأن يقول انت طالق انت طالق وكانوا اولا على سلامة صدورهم يقبل منهم انهم ارادوا التأكيد فلما كثر الناس في زمن عمر و كثر فيهم الخداع ونحوه مما يمنع قبول من ادعى التأكيد ، حمل عمر اللفظ على ظاهر التكرار فأمضاه عليهم .

وقال السبكي : انه احسن محامل الحديث [2] »

وقال النووي في شرح صحيح مسلم [3] « فالاصح : ان معناه انه كان في أول الامر اذا قال لها انت طالق انت طالق ولم ينو تأكيدا ولا استئنافا يحكم بوقوع طلقه لقلة ارادتهم الاستئناف بذلك ، فحمل على الغالب الذي هو ارادة التأكيد ، فلما كان في زمن عمر و كثر استعمال الناس بهذه الصيغة وغلب منهم ارادة الاستئناف بها حملت عند الاطلاق على الثلاث عملا بالغالب السابق الى الفهم منها في ذلك العصر . »

---

(١) الفتح الباري ٩/٢٨٩ وقد ذكر ابن حجر ان هذا الجواب ارتضاه القرطبي وقواه بقول عمر ان الناس قد استعجلوا في امر كانت لهم فيه اناة والصحيح ان القرطبي نقل رأي ابي الوليد الباجي وقواه واستدل له بقول عمر المذكور ، ورأى الباجي كما ذكرنا سابقا هو ما أول به الحديث انه تغيير عادة لا تغيير حكم .

(٢) مغنى المحتاج ٣/٣١١ حيث نقل قول السبكي هذا .

(٣) شرح صحيح مسلم للنووي ١٠/٧١

وهذا ما اختاره ابن الهمام : قال في الفتح[1] : « وتأويله ان قول الرجل انت طالق انت طالق انت طالق كان واحدة في الزمن الاول لقصدهم التأكيد في ذلك الزمان ثم صاروا يقصدون التجديد فالزمهم عمر رضي الله عنه ذلك لعلمه بقصدهم .»

٣ ـ دعوى النسخ :

هذا تأويل جديد يختلف عما سبقه حيث يذهب الى نسخ حديث ابن عباس بشيء علمه او اطلع عليه ابن عباس ولم ينقل الينا ، او ان هذا الحديث كان لأمر او لشيء ثم نسخ .

وسبب هذا التأويل في رأيي هو التمسك المطلق باجتهاد عمر وما ادعوه من اجماع على قوله فذهب الفقهاء يبحثون ويؤولون ولو خرجوا عن معنى النصوص الى ما وراء هذه النصوص من بعيد او قريب التماسا لمذهب عمر والصحابة الذين وافقوه .

قال ابن حجر في فتح الباري[2] ـ نقل البيهقي عن الشافعي انه قال : يشبه ان يكون ابن عباس علم شيئا نسخ ذلك .

قال البيهقي : ويقويه ما اخرجه ابو داود من طريق يزيد النحوي عن عكرمة عن ابن عباس قال : كان الرجل اذا طلق امرأته فهو احق برجعتها وان طلقها ثلاثا فنسخ ذلك .

ويقول اصحاب هذا الرأي : الا ان النسخ لم يشتهر فبقي الحكم المنسوخ معمولا به الى ان انكره عمر[3] .

وقد وجدت الحديث الذي استدل به البيهقي في سنن ابي داود ، تحت

---

(١) فتح القدير ٣/٢٦

(٢) فتح الباري ٩/٢٩٨

(٣) الروض النضير ٣/١٤٨

باب : نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث . والحديث [١] : حدثنا احمد بن محمد المروزي حدثني علي بن حسين بن واقد عن ابيه عن يزيد النحوي عن عكرمة عن ابن عباس قال : والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ، ولا يحل لهن ان يكتمن ماخلق الله في ارحامهن » وذلك: ان الرجل كان اذا طلق امرأته فهو احق برجعتها ، وان طلقها ثلاثا ، فنسخ ذلك ، وقال: الطلاق مرتان .

فالذي فهمته من هذا التأويل بعد اطلاعي على الحديث المذكور الذي استدل به البيهقي دعماً لرأيه انهم يريدون القول بأن ابن عباس حينما قال كان كان الطلاق . . . كان قبل نزول آية الطلاق مرتان ، وهذا لايصح لانه ليس من المعقول ان نفهم بقية كلامه على هـذا التأويل لأن ابن عباس ذكر ان هذا الحكم استمر الى عهد أبي بكر وسنتين من خلافة عمر . ولو قال : كان الطلاق الثلاث واحدة في عصر النبي وسكت لقلنا يحتمل هذا التأويل وان كان بعيداً . او ان مفهومه كان قبل نزول آية: الطلاق مرتان فنسخ ذلك بالآية المذكورة.

وهذا مارجحه فقد جاء في الاعتبار في الناسخ والمنسوخ من الاخبار[٢] انزل الله تعالى : الطلاق مرتان .. فاستقبل الناس الطلاق جديداً من يومئذ من كان منهم طلق او لم يطلق حتى وقع الاجماع على نسخ الحكم الأول .

. . .

٤) وهناك من ذهب في تأويل الحديث الى القول بأن المراد منه الطلاق قبل الدخول لما ذكره محمد بن نصر المروزي في كتاب اختلاف العلماء له : وكان اسحاق يقول طلاق الثلاث للبكر واحدة) وهو جواب اسحاق بن راهويه [٣] . وبه جزم زكريا الساجي من الشافعية .

. . .

---

(١) متن ابي داوود رقم الحديث ٢١٩٥ ج٢ ص٢٥٩ وفي عون المعبود شرح سنن ابي داوود ج ٢ ص ٢٢٥ - ٢٢٦

(٢) الاعتبار في الناسخ والمنسوخ من الاخبار ص ١٩٢ .

(٣) سبل السلام ٣/٢٣٥.

الرد على التاويل الاول :

قالوا : ان حديث ابن عباس كان اخباراً عن الواقع لاعن المشروع اي انه تغيير عادة لا تغيير حكم .

هذا التأويل يصح لو كان الناس في عصر النبي وأبي بكر لم يطلقوا ثلاثا ولكن الوقائع تخالف ذلك فعويمر العجلاني طلق ثلاثاً امام الرسول عليه السلام وابو ركانة طلق ثلاثاً ومحمود بن لبيد طلق ثلاثاً وغضب الرسول عليه السلام وقال : أيلعب بكتاب الله وأنا بين اظهركم [1] .

بل ان بعض روايات ابن عباس جاءت صريحة في ان الطلاق الثلاث على عهد رسول الله وأبى بكر وصدرا من خلافة عمر كان يرد الى الواحدة .
ثم بماذا نفسر قول عمر : فلو أمضيناه عليهم ؟ . . هل معنى ذلك ان عمر لم يفعل شيئاً وانما الناس هم الذين غيروا عادتهم من الطلاق واحدة الى الثلاث ؟ . . .

يقول ابن القيم [2] – ان قول عمر فلو أمضيناه ظاهر في انه لم يكن مضى قبل عصر عمر حتى جاء فأمضاه ، وهو دليل وقوعه في عصر النبوة لكنه لم يمض وليس فيه ان الطلاق الثلاث دفعة واحدة كان نادراً او غير موجود قبل عصر عمر .

حتى أن ابن الهمام لم يوافق على هذا التأويل حيث قال [3] : « وما قيل في تأويله ان الثلاث التي يوقعونها الآن انما كانت في الزمان الاول واحدة تنبيه على تغير الزمان ومخالفة السنة فيشكل اذ لا يتجه حينئذ قوله فأمضاه عمر رضي الله عنه » .

---

(١) سيأتي شرح هذين الحديثين بعد قليل .
(٢) اغاثة اللهفان .
(٣) فتح القدير ٣/٢٦ .

دعوى التأكيد :

وأما قولهم ان تكرار الطلاق كان للتأكيد لا للتعداد والتكرار في العصر الاول ثم جاء عمر فالزمهم بالثلاث لعدم تصديقهم بالتأكيد ، فهذا احتمال بعيد التأويل لأن كلام عمر : ان الناس قد استعجلوا في امر كانت لهم فيه اناة فلو امضيناه عليهم ، لايلائم هذا الاتجاه في التأويل بل ينبو عنه ، وكان من السهل جداً على عمر ان يقول ، لما كثر في الناس الخداع وقل الصدق فيهم لم نعد نقبل منهم دعواهم بالتأكيد بل نلزمهم بالتعدد .

قال صاحب سبل السلام[١] « ولا يخفى أنه تقرير لكون نهي عمر رأيا محضاً ومع ذلك فالناس مختلفون في كل عصر فيهم الصادق والكاذب ومايعرف ما في ضمير الانسان الا من كلامه فيقبل قوله وان كان مبطلا في نفس الأمر والله يتولى السرائر مع ان ظاهر قول ابن عباس طلاق الثلاث واحدة انه كان ذلك بأية عبارة وقعت » .

الرد على دعوى النسخ :

وأما تأويلهم المذكور بأن يكون ابن عباس علم شيئاً نسخ ذلك ، فلا يقوى على الصمود امام اجماع الصحابة في عصر النبي وأبي بكر وصدر من خلافة عمر على شيء منسوخ لايعرف حكمه ، بل ان هذا الشيء الذي سموه ناسخاً أين وجدوه ؟ . . أفي كتاب الله ؟ . . أم في سنة رسوله ؟ . . أم باجماع صحابته ؟ . .

ان قالوا : الاجماع كان على امر اطلع عليه الصحابة في عصر عمر ودعاهم الى هذا الحكم فاجمعوا ولم ينقل الينا . قلنا لهم : لم ينعقد الاجماع بل هذه حجة

---

(١) سبل السلام ٣/٢٣١ .

عليهم لأن الاجماع منعقد في عهد النبي وأبي بكر وصدر من خلافة عمر على وقوع الثلاث واحدة .

قال في الروض النضير[1] « لايخفى على ذي نظر صاف ما في هذا الجواب من التكلف والتعسف من تجويز النسخ بالظن والاحتمال ، وهذا من الشافعي خلاف مذهبه واصوله » .

ولكن من الانصاف للحق ان نقول ان الشافعي لم يقل بالنسخ انما قال كما نقل البيهقي عنه ، يشبه ان يكون ابن عباس علم شيئاً نسخ ذلك .

وقد انكر بعض الشافعية ادعاء النسخ ، فقد جاء في شرح النووي على مسلم[2] .

« وقد انكر المازري ادعاء النسخ فقال : زعم بعضهم ان هذا الحكم منسوخ وهو غلط فان عمر لاينسخ ، وان نسخ وحاشاه لبادر الصحابة الى انكاره ، وإن اراد القائل انه نسخ من زمن النبي فلا يمتنع ، ولكن يخرج عن ظاهر الحديث . لانه لو كان كذلك لم يجز للراوي ان يخبر ببقاء الحكم في خلافة أبي بكر وبعض خلافة عمر ، فان قيل فقد يجمع الصحابة ويقبل منهم ذلك ، قلنا : انما يقبل ذلك لانه يستدل باجماعهم على ناسخ واما انهم ينسخون من تلقاء انفسهم فمعاذ الله . لانه اجماع على الخطأ وهم معصومون عن ذلك ، فان قيل : فلعل النسخ انما ظهر في زمن عمر قلنا : هذا ايضاً غلط لانه قد يكون قد حصل الاجماع على الخطأ في زمن أبي بكر ، وليس انقراض العصر شرطاً في صحة الاجماع على الراجح » .

وقد تعقب ابن حجر اقرار النووي على ماسبق نقله عن أبي زرعة فقال[3] :

. . .

---

(١) الروض النضير ٣/١٤١ .

(٢) شرح صحيح مسلم للنووي ١٠/٧١ .

(٣) فتح الباري ٩/٢٩٨ .

« نقل النووي هذا الفصل في شرح مسلم وأقره وهو متعقب في مواضع :

احدهما : ان الذي ادعى نسخ الحكم لم يقل ان عمر هو الذي نسخ ، حتى يلزم منه ما ذكر ، وانما قال : يشبه ان يكون علم شيئاً من ذلك نسخ ، اي اطلع على ناسخ للحكم الذي رواه مرفوعاً ، ولذلك افتى بخلافه – وقد علم المازري في اثناء كلامه ان اجماعهم يدل على ناسخ وهذا هو مراد من ادعى النسخ .

الثاني: انكاره الخروج عن الظاهر عجيب ، فان الذي يحاول الجمع بالتأويل يرتكب خلاف الظاهر حتماً .

الثالث : ان تغليطه من قال : المراد ظهور النسخ : عجيب ايضاً ، لان المراد بظهور انتشاره . وكلام ابن عباس انه كان يفعل في زمن ابي بكر محمول على ان الذي كان يفعله لم يبلغه النسخ فلا يلزم ما ذكره من اجماعهم على الخطأ .

وما أشار اليه من مسألة انقراض العصر لا يجيء هنا لأن عصر الصحابة لم ينقرض في زمن ابي بكر بل ولا عمر ، فان المراد بالعصر الطبقة من المجتهدين ، وهم في زمن ابي بكر وعمر – بل وبعدهما – طبقة واحدة .

هذا ما رأيناه جوابا على من ادعى النسخ في حديث ابن عباس واما ماذكره البيهقي من حديث ابي داود ليقوى به هذا الرأي .

فقال ابن القيم في الاغاثة [١] – هذا وهم لوجهين :

١) ان المنسوخ هو ثبوت الرجعة بعد الطلاق ، ولو بلغ مابلغ كما كان في اول الاسلام .

٢) ان النسخ لايثبت بعد موت الرسول ، وكون الثلاث واحدة – قد عمل به في خلافة الصديق كلها ، واول خلافة عمر رضي الله عنه فمن المستحيل ان ينسخ بعد ذلك .

---

(١) اغاثة اللهفان ١/٢٩١ .

ولهذا فاننا نقرر ان خفاء الناسخ وعدم اشتهاره الا في عصر عمر يكاد يكون مستحيلا عادة على ذلك العصر عصر فقهاء الصحابة . ومع هذا فلم ينقل الينا هذا الناسخ .

وهذا كله في رأيي كما سبق وقلت تبريرلاجتهاد عمر رضي الله عنه ولو بر روا اجتهاده بتفسيرات اخرى لكان اسهل من هذا المركب الصعب واتهام الصحابة بجهل حكم يتعلق بأسرهم وزوجاتهم طيلة هذه المدة الطويلة .

. . .

ب — حديث ركانة

واستدل ايضاً من ان اوقع الثلاث واحدة بالحديث التالي :

روى الامام احمد في مسنده (١) ـ عن محمد ابن اسحاق قال : حدثني داود بن الحسين عن عكرمة مولى ابن عباس عن ابن عباس قال : (٢)

طلق ركانه بن عبد يزيد اخو بني مطلب امرأته ثلاثا في مجلس واحدفحزن عليها حزنا شديدا . قال : فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم : كيف طلقتها ؟ . قال : طلقتها ثلاثا ـ قال فقال : في مجلس واحد ؟ . قال : نعم ، قال : فانما تلك واحدة . فارجعها ان شئت ـ قال : فرجعها . فكان ابن عباس يرى انما الطلاق عند كل طهر (٣) .

هذا الحديث صحيح في اسناده واضح في معناه لايحتمل التأويل وهو ان من طلق امرأته ثلاثافهي واحدة .

قال الامام احمد : انه الصواب (٤) .

وقال ابن حجر (٥) : وهذا الحديث نص في المسألة لايقبل التأويل الذي في غيره من الروايات .

---

(١) مسند احمد : مجموعة الاحاديث التي جمعها الأمام احمد باسنادها ، وروى المسند ابنه عبد الله الذي كان شغوف الرواية عن ابيه في حياته. راجع مقدمة المسند تحقيق احمد شاكر طبقات الحنابلة ص ١٣٢ احمد بن حنبل الشيخ محمد أبو زهرة ص ١٦٠ .

(٢) مسند احمد رقم الحديث ٢٣٨٧ ج ١ ص ٢٦٥ .

(٣) جاء في بعض كتب الفقه كاعلام الموقعين وبعض كتب الحديث كسنن ابي داود لفظ : فانما تلك واحدة والصحيح فانما تلك واحدة لانها جاءت في اكثر الكتب الفقهية وكتب الاحاديث كفتح الباري وفتح القدير ونيل الاوطار ولان الزوج يملك ثلاث طلقات متفرقات.

(٤) اعلام الموقعين ٣/٤٤ الروضة الندية ٢/٥١ .

(٥) فتح الباري ٩/٢٩٧ .

وقال ابن القيم [1] ـ ورواه الحافظ ابو عبد الله محمد بن عبـد الواحد المقدسي في مختاراته التي هي اصح من صحيح الحاكم .

. . .

رد الجمهور على حديث ركانه :

وقد رد جمهور الفقهاء الذين اوقعوا الثلاث ثلاث طلقات على هذا الحديث بثلاثة امور :

١) ان محمد بن اسحاق مطعون فيه فلا تصح الرواية عنه .

٢) ان ابا داود روى الحديث بشكل آخر وهو أن ركانه طلق زوجته البته ، وقال في حديث الثلاثة انه مضطرب وان حديث البته اصح منه .

٣) ان ابن عباس راوى الحديث قد افتى بخلاف ذلك ولا يظن بأبن عباس ان يعرف الحكم ويخالفه بفتواه الا اذا وجد لديه مرجح لذلك . وقد اجبنا على هذه الحجة بأن العبرة لرواية الراوي لابفتواه اذا اختلفتا . ولهذا ستناقش الحجة الاولى والثانية .

. . .

١ ـ محمد بن اسحاق :

قال ابن تيميه [2] ـ هذا الحديث قال فيه ابن اسحاق حدثني داود وداود من شيوخ مالك ورجال البخارى . وابن اسحاق اذا قال حدثني فهو ثقة عند اهل الحديث وهذا اسناد جيد .

ثم ان هذا الاسناد الذي تكلموا فيه احتج به الفقهاء في مسائل كثيرة منها ان النبي صلى الله عليه وسلم رد على ابي العاص ابنته زينب بالنكاح الاول [3] ـ فلماذا اخذوا بروايته في محل وتركوها في محل آخر ؟ .

---

(١) اغاثة اللهفان ١/٢٨٧ .

(٢) ابن تيميه ٣/١٨

(٣) اعلام الموقعين ٣/٤٠-٥٠

قال ابن حجر في فتح الباري [١] - وليس كل مختلف فيه مردوداً .
وقد حقق العلامة الصنعاني في عدم صحة القدح بما يجرح رواية محمد بن اسحاق [٢] .

. . .

٢ - حديث ركانه البته :

روى ابو داود وابن ماجه عن ركانه انه طلق امرأتـــه البته [٣] فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ، ما اردت ؟.. قال : واحدة قال : الله ما اردت الا واحدة ؟.. قال : الله ما اردت الا واحدة [٤] .

ورواه الترمذي وفيه : فقال يارسول الله اني طلقت امرأتي البته ، فقال : ما اردت بها؟. . فقلت : واحدة - قال : والله قلت والله . قال : فهو ما اردت [٥]

وقال ابو داود : هذا حديث صحيح وقال ابن عبد البر : رواية الشافعي لحديث ركانه عن عمه أتم ، وقد زاد زيادة لاتردها الاصول فوجب قبولها لثقة ناقليها ، والشافعي وعمه وجده اهل بيت ركانه كلهم من بني المطلب بن عبد مناف وهم أعلم بالقصة التي عرضت لهم .

---

(١) فتح الباري ٢٩/٩

(٢) قال في سبل السلام ٢٢٣/٣ بعدان ذكر حديث ابن اسحاق : قد حققنا في ثمرات النظر في علم اهل الاثر وفي ارشاد النقاد الى تيسير الاجتهاد عدم صحة القدح بما يجرح روايته.

(٣) اغاثة اللهفان ٣٠٨/١ وقد جاء سند هذا الحديث فى تفسير القرطبي ١٣١/٣ قال اخرج هذا الحديث من طرق الدارقطني فى سننه عن الشافعي ان ركانة ابن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة المزنية البتة . فاخبر النبي بذلك فقال والله ما أردت الا واحدة ، فقال رسول الله: والله ما اردت الا واحدة فقال ركانه والله ما اردت الا واحدة فردها اليه رسول الله فطلقها اليه رسول الله فطلقها الثانية في زمان عمر والثالثة في زمان عثمان .

(٤) واسم امرأته سهيمه كما جاء في نيل الاوطار ٢٢٦/٦ وكما روى الدارقطني وقد جاء في بعض الكتب ان اسمها بهيه ولعلها من الاخطاء المطبعية فلتصحح الروض النضير ١٣٨/٤

(٥) والحديث صححه الحاكم وابن حبان . وقال الترمذي لايعرف الا من هذا الوجه.

وقال ابن ماجه [1] سمعت ابا الحسن علي بن محمد الطنافسي يقول : ـ ما اشرف هذا الحديث ، قال ابن ماجه : ابو عبيد تركه ناجية ، واحمد جبن عنه .

وجه الاستدلال :

١) ان المطلق لو نوى اكثر من واحدة لوقع ما نواه والزمه الرسول بنيته ولهذا سأله ما اردت بها .

٢) لو كان الطلاق لايقع باكثر من واحدة لما استفسر منه عليه السلام عن نيته طالما ان اللفظ مهما اشتمل على عدد فلا يقع الا واحدة فأية حاجة الى معرفة نية المطلق ؟..

فدل على ان الطلاق يقع باكثر من واحدة سواء أكان بلفظ صريح أم كان بلفظ كناية مع نية العدد .

• • •

الرد على حديث البته :

تكلم علماء الحديث في حديث البته فقالوا انه لايصح [2] .

قال الفرج بن الجوزي في كتابه العلل : قال احمد : حديث ركانه ليس بشيء .

وقال الخلال في كتاب العلل عن الاثرم : قلت لابي عبد الله : حديث ركانه في البته فضعفه وقال : ذاك جعله بنيته .

وذكر الترمذي انه سأل البخاري عن حديث البته فقال له فيه اضطراب فتارة يقال فيه ثلاثاً وتارة يقال واحدة . وفي اسناده الزبير بن سعيد الهاشمي .

---

(١) قوله ما اشرف هذا الحديث : بيان لشرف اسناده . وقوله تركه ناجية اي لم يقبل روايته . وقوله واحمد جبن عنه « اي لم يجرىء احمد بن حنبل على روايته » . وهذا يدل على ضعف ابي عبيد . راجع تعليق الشيخ حامد الفقي على اغاثة اللهفان ١/٣٠٨

(٢) اغاثة اللهفان ١/٣١٥

وقد ضعفه غير واحد وقيل : انه متروك [1] .

منشأ الخلاف في حديث ركانه :

ان منشأ الخلاف في حديث ركانه ان اكثر من رواه بلفظ الثلاث لا البته، كأبي داوود وابن حزم قد رووه عن مجاهيل ولم يرووه عن سنده الصحيح بروايته الصحيحة التي رواها احمد ولهذا فان الذين تكلموا في حديث لفظ الثلاث لم يذكروا ماجاء في مسند احمد وهو ما ذكرناه بل ذهبوا يطعنون في رواية ابي داود وابن حزم . والحديث كما رواه ابن حزم :

عن ابن جريج اخبرني بعض ولد ابي رافع عن عكرمة عن ابن عباس قال : طلق عبد يزيد ابو ركانه ام ركانه ثلاثاً ... فقال له رسول الله : راجع امرأتك ام ركانه واخوته فقال : قد طلقتها ثلاثاً يارسول الله قال قد علمت ارجعها [2] .

لهذا قال ابن حزم : وهذا لا يصح لانه عن غير مسمى من بني ابي رافع ولا حجة في مجهول وما نعلم في بني ابي رافع من يحتج به الا عبيد الله وحده وسائرهم مجهولون .

---

(١) نيل الاوطار ٦/٢٢٧

(٢) ابن حزم ١٠/١٦٨ ونص الحديث كاملا كما جاء ايضاً في اغاثة اللهفان ١/٢٨٦ قال ابو داود في سننه : حدثنا احمد بن صالح حدثنا عبد الرزاق اخبرنا ان ابن جريح قال : اخبرني بعض بني ابي رافع مولى النبي صلى الله عليه وسلم عن عكرمه عن ابن عباس قال : طلق عبد يزيد - ابو ركانه واخوته - ام ركانه ونكح امرأة من مزينه ، فجاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقالت مايغني عني الا كما تغني هذه الشعرة لشعرة اخذتها من رأسها - ففرق بيني وبينه فأخذت النبي صلى الله عليه وسلم حمية ، فدعا بركانه واخوته ثم قال لجلسائه : اترون فلانا يشبه كذا وكذا .. من عبد يزيد وفلانا يشبه منه كذا وكذا ؟.. قالوا نعم : فقال النبي صلى الله عليه وسلم : طلقها ففعل ، فقال : راجع امرأتك ام ركانه فقال : اني طلقتها ثلاثا يارسول الله قال : قد علمت راجعها وتلا : يأيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة .

وقال النووي [1] : اما رواية ركانه الثلاثة فرواية ضعيفة عن قوم مجهولين.

وقال القرطبي [2] — واما حديث ركانه فقيل : انه حديث مضطرب منقطع — ولا يستند من وجه يحتج به رواه ابو داود من حديث ابن جريج عن بعض بني ابي رافع وليس فيهم من يحتج به.

ولهذا يبدو لنا ان مارجحه ابو داود ومن نقلوا عنه حديث البته لم يطلعوا على ما جاء في مسند احمد ولهم بعض العذر في ذلك لان رواية الثلاث التي رواها ابو داود لا يصح الاحتجاج بها.

ومع هذا فان أبا داود قال ان رواية البته أصح من رواية الثلاث ولم يجزم بعدم صحتها بل قال أصح وهـذا يستدعي صحة الروايتين بينما نجد أحمد بن حنبل يبطل رواية البته ويقول لا تصح، ويصحح سند رواية الثلاث التي رواها[3].

ورواية الثلاث جاءت في أكثر كتب الحديث فقد رواها ابو يعلى وصححها أيضاً[4] — ونقلها الشوكاني في نيل الاوطار والسيوطي في الدر المنثور [5] : وجاءت في كتب التفسير فقد استشهد بها الالوسي [6] — كما ان الجصاص ذكر[7] — ان ابن اسحاق قال : الثلاث ترد الى الواحدة . وصحح الحديث الثلاث الحاكم وابن حبان [8] .

رأينا في حديث ركانه :

بعد ان ذكرنا مختلف الروايات في حديث ركانه نستطيع ان نرجح الرواية

---

(١) النووي على مسلم ١٠/٧٠

(٢) تفسير القرطبي ٣/١٣١

(٣) الروضه الندبه ٢/٥١ قال وقد صحح الامام احمد هذا الاسناد وحسنه.

(٤) الفتح الباري ٩/٢٩٧

(٥) الدر المنثور ١/٢٧٩

(٦) تفسير الالوسي ١/٤٣١

(٧) احكام القرآن للجصاص ١/٣٨٨

(٨) سبل السلام ٣/٢٣٤.

التي جاءت في مسند الامام احمد لان سندها صحيح ولم تعارضها الروايات الاخرى التي هي بقوتها ، وكل ماطعن به رجال الحديث ان لفظ الثلاث جاء برواية عن مجهول فقالوا انها لاتصح . ولو ان أبا داود روى رواية احمد لقلنا بقوله حينما رجح بين الروايتين ولكن الترجيح لم يكن الا بين رواية رواها بالبته ورواية أخرى عن مجهولين رواها بالثلاث .

واخيراً يبدو لي ان لفظ الثلاث كان يستعمله اهل المدينة فيقولون البتة وبهذا نوفق بين الروايات فمن روى البتة فتحمل على الثلاث .

ومما يؤيد هذا ماجاء في سنن النسائي[1] ان عبدالرحمن بن الزبير طلق امرأته البته وفي روايات اخرى طلقها ثلاثاً ـ وقال السيوطي في شرحه : فطلقني البتة اي ثلاثاً لانها قاطعه .

. . .

(١) النسائي ١٤٦/٦ والحديث : اخبرنا عمرو بن علي قال حدثنا يزيد بن زريع قال حدثنا معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت جاءت امرأة رفاعه القرظي الى النبي وأبو بكر عنده فقالت يارسول الله اني كنت تحت رفاعه القرظي فطلقني البته فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير وانه والله يارسول الله مامعه الا مثل هذه الهدبة واخذت هدبة من جلبابها وخالد بن سعيد بالباب فلم يأذن له فقال يا أبا بكر الا تسمع هذه تجهر بما تجهر به عند رسول الله فقال تريدين ان ترجعي الى رفاعه لاحتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك .

ثانياً ـ مذهب بعض الصحابة والتابعين :

واحتج اصحاب هذا الرأي بأن وقوع الطلقات الثلاث طلقة واحدة هو مذهب بعض الصحابة وبعض التابعين وهانحن نذكر بعضهم [1] .

مذهب ابن عباس : وذلك للحديث الذي ذكرناه بعد ان ناقشنا جميع الردود عليه .

مذهب طاووس [2] لما رواه عبد الرزاق : أخبرنا ابن جريج عن ابن طاووس عن أبيه انه كان لايرى طلاقاً ماخالف وجه الطلاق ، ووجه العدة ، وانه كان يقول : يطلقها واحدة ثم يدعها حتى تنقضي عدتها .

وأفتى بالوقوع واحدة **عكرمه** ـ رواه اسماعيل بن ابراهيم عن ايوب عنه .

وأفتى به **علي** وابن **مسعود** وعبد الرحمن بن عوف **والزبير** .

مذهب الحسن البصري الذي استقر عليه :

قال ابن المنذر ، واختلف في هذا الباب عن الحسن . فروى عنه كما رويناه عن اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ، وذكر قتادة وحميد ويونس عنه : انه رجع عن قوله بعد ذلك ، فقال : واحدة بائنة .

---

(١) الاغاثة ٧٢٨/١ ، فتح الباري ٢٩٩/٩ ، تفسير القرطبي ١٣٢/٣ نيل الاوطار ٢٣١/٦ ، فتاوى ابن تيمية ١٧/٣ .

(٢) طاووس : ابن كيسان كان فقيه اهل اليمن لعلمه ومنزلته . كان كثير الرواية عن عبد الله بن عباس توفي في مكة سنة ١٠٦ هـ

مذهب عطاء بن يسار[1] :

قال عبد الرزاق : أخبرنا مالك عن يحيى بن سعيد عن بكير عن يعمر بن ابي عياش قال : سأل رجل عطاء بن يسار عن الرجل يطلق البكر ثلاثاً، فقال: انما طلاق البكر واحدة .

مذهب سعيد بن جبير[2] :

كما حكاه عنه ابن المنذر وغيره عنه .

مذهب سعيد بن المسيب[3] :

وجدت في عدد من الكتب أن مذهب الوقوع واحدة هو مذهب سعيد بن المسيب وبعض الكتب ذكرت ان مذهبه عدم الوقوع مطلقاً لأن الطلقات الثلاث مجتمعة بدعة والبدعة مردودة فلا تقع .

وقد نقل هذا المذهب عن سعيد بن المسيب ، الزمخشري في تفسيره . والقرطبي في أحكام القرآن ، والالوسي في تفسيره ايضاً[4].

---

(١) عطاء بن ابي رباح مولى قريش : ولد في خلافة عمر وسمع من كبار الصحابة . قال ابو حنيفة : مارأيت افضل من عطاء . توفي سنة ١١٤ .

(٢) سعيد بن جبير : حدث عن ابن عباس وابن عمر وغيرهما . قال ابن عباس لأهل الكوفة حينما سألوه في مسائل فقهية : اليس فيكم سعيد بن جبير. قتله الحجاج في فتنة ابن الاشعث سنة ٩٥ .

(٣) سعيد بن المسيب المخزومي من كبار التابعين احد الفقهاء السبعة بالمدينة . ولد قبل خلافة عمر بسنتين وروى عن الصحابة . قال قتاده : مارأيت احداً اعلم من سعيد بن المسيب وكانت اكثر رواياته عن ابي هريرة . توفي سنة ٩٤ وقيل ٩٥ وقيل ١٠٥.

(٤) جاء في تفسير المحيط ٢٨٢/٨ ، وعن ابن المسيب وجماعة من التابعين انه لو طلق في حيض او ثلاث لم يقع وقال الالوسي ٩٣/٩ : ونقله غير واحد عن ابن المسيب وجماعة من التابعين .

ولكني وجدت ابن القيم يقول في اغاثة اللهفان [1] : حكى ذلك التغلبي عن سعيد بن المسيب وهو غلط عليه ، انما هو مذهب سعيد بن جبير .

وهـذا مع العلم ان سعيد بن جبير نقل عن ابن عباس وقوع الثلاث في إحدى فتاويه فقد جاء في الروض النضير [2] : عن سعيد بن جبير قال رجل لابن عباس طلقت امرأتي الفاً ، فقال له ابن عباس : ثلاث تحرمها عليك وبقيتها وزر عليك اتخذت ايات الله هزوا .

* * *

(١) اغاثة اللهفان ١/٣٢٥.

(٢) الروض النضير ٤/١٣٦ .

المطلب الرابع ـ أدلة ماذهب اليه الجمهور :

احتج الجمهور على رأيه بوقوع الطلقات الثلاث بالأدلة التالية :

١ ـ الاحاديث التي وردت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

٢ ـ الاجماع .

أولاً ـ الأحاديث :

استدل جمهور الفقهاء بعدة احاديث تدل على وقوع الطلقات الثلاث أو المتعددة وقد اخترت خمس روايات منها هي أقوى ما استدلوا به .

١ـ حديث ابن عمر (١) ـ عن الحسن قال : حدثنا عبد الله بن عمر أنه طلق امرأته تطليقه وهي حائض ، ثم أراد أن يتبعها بتطليقتين آخرتين عند القرأين ، فبلغ ذلك رسول الله فقال يابن عمر ماهكذا أمرك الله تعالى أنك أخطأت السنة ، والسنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء . وقال : فأمرني رسول الله فراجعتها ثم قال اذا هي طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك ، فقلت يارسول الله لو كنت طلقتها ثلاثاً أكان لي ان اراجعها ؟. قال : لا . كانت تبين وتكون معصية (٢) .

---

(١) عبد الله بن عمر : عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوي القرشي اسلم مع ابيه وهو صغير لم يبلغ الحلم ، وهاجر مع ابيه الى المدينة . لم يحضر غزوة بدر لأنه كان صغيراً . حضر غزوة الخندق وشهد اليرموك . كان كثير الاتباع لآثار رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى كان يمشي في الاماكن التي يمشي فيها رسول الله .

قال رسول الله لأم المؤمنين حفصة بنت عمر : ان اخاك عبد الله رجل صالح . لو كان يقوم من الليل : فما ترك ابن عمر بعدها قيام الليل . توفي بمكة سنة ٦٣ وهو ابن ٨٤ سنة .

(٢) نيل الاوطار ٢٢٨/٦ - اغاثة اللهفان ٣٠٩/١ الروض النضير ١٠١/٤ حيث ذكر ان الحديث اخرجه البيهقي والطبراني والدارقطني - ورواه ابن حزم في المحلى ١٦٩/١٠ وسنده : محمد بن شاذان عن معلى بن منصور عن شعيب بن رزيق أن عطاء الخراساني حدثهم عن الحسن انه قال :...

وفي البخاري [1] : وكان عبد الله اذا سئل عن ذلك قال لاحدهم ان كنت طلقتها ثلاثاً فقد حرمت عليك حتى تنكح زوجاً غيرك .

وزاد فيه غيره عن الليث حدثني نافع قال ابن عمر لوطلقت مرة او مرتين فإن النبي صلى الله عليه وسلم أمرني بهذا .

ومما يجب ذكره ان البخاري لم يرو الزيادة : لوطلقتها ثلاثاً .

وجه الاستدلال :

قول ابن عمر لرسول الله : لو كنت طلقتهاثلاثاً ... وان النبي صلى الله عليه وسلم اجابه بعـدم جواز المراجعة بعد الثلاث أي بالبينونه الكبرى فدل على ان الثلاث تقع ثلاثاً لاواحـدة ولولم يكن ذلك لقال له عليه السلام ان طلاق الثلاث واحدة ولك ان تراجعها .

. . .

٢-ماجاء في صحيح البخاري [2]

عن سهل بن سعد ان عويمر العجلاني بعد ان لاعن زوجته امام رسول الله قال : كذبت عليهـا يارسول الله ان امسكتها فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله .

قال ابن شهاب : فكانت سنة المتلاعنين .

وجه الاستدلال :

ان عويمراً طلقها ثلاث طلقات بحضرة الرسول الكريم فلو كان هذا لا يجوز

---

(١) صحيح البخاري (فتح الباري) ٣٩٨/٩ .

(٢) الفتح الباري٩/٢٧٢.

لما اقره عليه ولبين له ان الطلاق يجب ان يكون طلقة واحدة فدل على أن طلاق الثلاث مشروع وان النبي أقر من طلق ثلاثاً بحضرته على فعله .. واذا لم يكن سكوت النبي عليه السلام اقراراً واجازة فعلى الاقل كان ينكر عليه ذلك بقوله ان هذا محرم فسكوته عليه السلام اما اقرار واما عدم انكار .

• • •

٣ ـ حديث محمود بن لبيد[١]

روى النسائي عن محمود بن لبيد قال : أخبر رسول الله عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً فقام غضبان ثم قال : ايلعب بكتاب الله وانا بين اظهركم حتى قام رجل فقال : يا رسول الله الا اقتله[٢] ؟ ..

قال ابن كثير : اسناده جيد .

وقال الحافظ في بلوغ المرام : رواية موثقون[٣] .

وفي بعض الروايات زيادة : وامضاه عليه ولم يرده .

وجه الاستدلال :

انه طلاق تم على سمع من الرسول عليه السلام وصحبه فأقره عليه ولو لم يكن مشروعاً لم يقره عليه السلام على امر غير مشروع فدل على ان الرجل اذا اوقع اكثر من طلقة بلفظ واحد الزم بها .

---

(١) محمود بن لبيد بن ابي رافع الانصارى الاشهلي ولد على عهد رسول الله وحدث عنه أحاديث قال البخاري له صحبة وقال ابوحاتم لانعرف له صحبة ذكره مسلم في التابعين وكان من العلماء مات سنة ٩٦ وقد ترجم له احمد في مسنده .

(٢) سبل السلام ٣/٢٣٢ .

(٣) نيل الاوطار ٦/٢٢٧ ، زاد المعاد ٤/٥١ الروض النضير ٤/١٠١ وقال : وسنده صحيح .

وقال المرحوم الشيخ سلامة القضاعي في تأويل هذا الحديث[1] .

« معنى هذا الحديث انه امضى عليه الثلاث والزمه اياها وان السائل كان يريد الاذن في مراجعتها . وكتاب الله بين في ان المطلقة ثلاثاً لا تحل لمطلقها الا بعد زوج ، فطلب المراجعة ، بل الميل اليها يعد لعباً ، او كاللعب في كتاب الله ، ومن أجل ذلك اشتد عليه غضب رسول الله وقال : « أيلعب بكتاب الله وانا بين اظهركم » .

وهذا كما ترى تأويل بعيد وتفسير فوق مايحتمله النص .

. . .

٤ – حديث عباده بن الصامت[2]

وعن عبادة بن الصامت قال طلق جدي امرأة له الف تطليقة فانطلق الى رسول الله فذكر له ذلك فقال النبي عليه السلام : ما اتقى الله جدك أما ثلاث فله واما تسعمائة وسبع وتسعون فعدوان وظلم ان شاء الله عذبه وان شاء غفر له .

وفي رواية : ان اباك لم يتق الله فيجعل له مخرجاً بانت منه بثلاث على غير

---

(١) البراهين القاطعة ص ٣٢ .

(٢) عبادة بن الصامت : من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم حدث عنه ابو أمامة الباهلي ، وانس بن مالك شهد المشاهد كلها مع رسول الله . وعبادة ممن جمعوا القرآن في عصر النبي . اختلف مع معاوية فقال له: لا اساكنك بأرض فرحل الى المدينة . فقال له عمر: ما أقدمك؟ فأخبره بفعل معاوية فقال له : ارحلها الى مكانك فقبح الله أرضاً لست فيها وامثالك ، فلا إمرة له عليك . (اعلام النبلاء ٢/١/ رقم ١٠١ ، الطبقات الكبرى لابن سعد ٣/٩٣ ، الاستيعاب لابن عبد البر ٢/٤٤١ ، الاصابة ٢/٢٦٦ ، اسد الغابة ٣/١٠٦ تاريخ الاسلام للذهبي ٢/١١٨ .)

السنة وتسعمائة وسبع وتسعون اثم في عنقه .[1]

ووجه الاستدلال :

ان هذا اقرار صريح من النبي عليه السلام ان من طلق اكثر من واحدة تقع كلها وتبين زوجته فان طلقها ثلاثاً فاكثر ولا رجعة لها . فلو كان الطلاق لا يقع الا واحدة لحكم له النبي عليه السلام بمراجعة زوجته وقال له انها واحدة ان شئت فعد الى زوجتك . اما وقد قال له انها بانت ولا مخرج لك فدل على ان الثلاث تقع مجموعةوتبين ببينونة كبرى .

• • •

٥ ـ حديث فاطمة بنت قيس[2] :

من حديث ابي سلمه بن عبد الرحمن ان فاطمة بنت قيس اخبرته ان زوجها ابا حفص المخزومي طلقها ثلاثاً ثم انطلق الى اليمن فانطلق خالد بن الوليد في نفر فأتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيت ميمونة ام المؤمنين فقالوا ان ابا حفص طلق امرأته ثلاثاً فهل لها نفقة فقال رسول الله ليس لها نفقة وعليها العدة.

وفي صحيح مسلم في هذه القصة : قالت فاطمة فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال كم طلقت ؟ .. قلت ثلاث . فقال : صدق ليس لك نفقة .

• • •

وجه الاستدلال :

ان المطلقة المبثوتة لا نفقة لها اما المطلقة رجعياً فلها النفقة فعدم النفقة

---

(١) نيل الاوطار ٦/٢٣٢ .

(٢) زاد المعاد ٤/٥٥ .

للمطلقة ثلاثاً دل على انها بانت ببينونة كبرى وان الثلاث وقعت فلم يحكم لها النبي عليه السلام بنفقة ، ولو كانت الثلاث طلقة واحدة لحكم لها بالنفقة لانها في عدة طلاق رجعي [1] .

الاجماع : [2]

وقال الجمهور ان الاجماع انعقد في عهد عمر على وقوع الثلاث وكل من خالف ذلك لا عبرة بخلافه لانه خبر آحاد لا يقف امام حجية الاجماع وقد استمر الاجماع حتى عصرنا هذا .

---

(١) نفقة المعتدة : لاخلاف بين الفقهاء على ان نفقة المعتدة من طلاق رجعي على زوجها المطلق .

اما المعتدة من طلاق بائن فقد اتفق الفقهاء على ان نفقتها على زوجها ان كانت حاملاً لقوله تعالى « وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن ، حتى يضعن حملهن » واختلفوا فيما دون ذلك:

قال الشافعي : ليس لها إلا السكنى.

وقال ابن أبي ليلى : ليس لها السكنى .

أما الحنفية فقالوا : المطلقة بائنا النفقة سواء كانت في عدة طلاق رجعي أم في عدة طلاق بائن

وسبب الخلاف، حديث فاطمة بنت قيس فمن أخذ به قال لانفقة للمطلقة بائناً مادامت في العدة . ومن لم يأخذ به قال ان عموم قوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته » عام لايخصصه هذا الحديث . الاحوال الشخصية للشيخ محمد ابو زهرة ص ٣٨٣ .

(٢) الاجماع : هو اتفاق مجتهدي الامة الاسلامية في عصر ما على أمر من الامور .

والاجماع حجة بين الفقهاء حتى ان كثيراً من الفقهاء ومنهم جمهور الاحناف اعتبروا الاجماع السكوتي حجة .

وقال الشافعي : لاينسب لساكت قول فلم يعتبر الاجماع السكوتي حجة . فقد جاء في الرسالة لست اقول ولا أحد من اهل العلم ان هذا مجتمع عليه الا لما تلقى عالماً أبداً ألا قاله لك وحكاه عن قبله كالظهر اربع وكتحريم الخمر وما اشبه ذلك .

وحجة من قال بالاجماع السكوتي : ان السكوت في محل البيان بيان ، فما دام الرأي قد اشتهر بين المسلمين وعرف العامة والخاصة فالسكوت عنه دليل الموافقة والرضاء بما جاء فيه .

راجع : ابو حنيفة للشيخ محمد ابو زهره ص ٣١٣

قال ابن حجر : والراجح ايقاع الثلاث للاجماع الذي انعقد في عهد عمر [1] .

وقال ابن قدامة [2] : ولم يصح عندنا في عصرهم خلاف قولهم فيكون ذلك اجماعاً [3] .

وقال ابن الهمام [4] : فاجماعهم ظاهر لانه لم ينقل عن احد منهم أنه خالف عمر رضي الله عنه حين امضى الثلاث [5] .

• • •

جاء في الفتاوى الخيرية [6]

سئل رجل شخص طلق زوجته ثلاثاً مجتمعاً في كلمة واحدة فهل يقعن ام لا وهل اذا رفع الى حاكم حنفي المذهب يجوز له تنفيذ الحكم بعدم الوقوع اصلاً او بالوقوع واحدة او يجب عليه ان يبطله وهل اذا انفذه ينفذ أم لا ؟ ...

---

(١) فتح الباري ٩/٢٩٩.

(٢) هو الامام موفق الدين ابو محمد عبد الدين احمد بن محمد ابن قدامه . ولد في نابلس بفلسطين سنة ٥٤١ ثم هاجر الى دمشق. درس القرآن وسائر العلوم ثم رحل الى بغداد فقرأ مختصر المزني على الشيخ عبد القادر الجيلاني رحمه الله .

كانت له امامة الفقه الحنبلي في عصره وكتب مؤلفات عدة بلغت ثلاثين كتاباً في الفقه والحديث وعلوم القرآن توفي في دمشق سنة ٦٢٠ هـ.

(٣) المغني ٨/٢٤١ .

(٤) : محمد بن عبد الواحد كمال الدين المشهور بابن الهمام ولد في الاسكندرية عام ٧٨٨ حنفي المذهب غير متعصب لمذهبه . له اراء اجتهادية خالف فيها مذهبه .

بلغ مرتبة الاجتهاد كما ذكر ابن عابدين فى حاشيته له تصانيف كثيرة في الفقه والاصول . اشهر كتبه فتح القدير وهو شرح متن الهداية . والتحرير في الاصول توفي سنة ٨٦١ راجع الفوائد البهية ص ١٨٠

(٥) فتح القدير ٣/٢٦.

(٦) الفتاوى الخيرية ٢/٤٣ .

اجاب :

نعم يقعن الثلاث في قول عامة العلماء المشهورين من فقهاء الامصار ولا عبرة بمن خالفهم في ذلك او حكم بقول مخالفهم والرد على المخالف القائل بعدم وقوع شيء او وقوع واحدة فقط مشهور . واذا حكم حاكم بعدم وقوع الطلاق المذكور لاينفذ حكمه ، كما هو مسطور - ففي الخلاصة وكثير من كتب علمائنا التي لا تعد لو قضى فيمن طلق امرأته ثلاثاً جملة انها واحدة او بأن لا يقع شيء لاينفذ .

وفي التبيين وغيره في كتاب القضاء ان القضاء بمثل ذلك لا ينفذ بتنفيذ قاض آخر ولو رفع الى الف حاكم ونفذه لان القضاء وقع باطلاً لمخالفته الكتاب او السنة او الاجماع فلا يعود صحيحاً بالتنفيذ .

❀ ❀ ❀

مناقشة أدلة الجمهور

١ - اما حديث ابن عمر :

فقد طعن المخالفون في متنه وسنده . أما المتن فقالوا ان فيه زيادة لم تأت بها باقي الروايات ، وهي موضع الاستدلال ، بل هي مما تفرد به عطاء الخراساني وهي قوله : لو طلقتها ...[١]

وقال البيهقي : بعد أن روى هذا الحديث ، وهذه الزيادات انفرد بها شعيب وقد تكلموا فيه[٢] .

كما انهم رووا هذا الحديث برواية أخرى : ان النبي عليه السلام احتسبها طلقة واحدة وأمر ابن عمر ان يراجعها[٣] .

وأما من حيث السند فقال ابن حزم :[٤] « وأما حديث ابن عمر ففي غاية السقوط لانه عن رزيق ابن شعيب او شعيب بن رزيق وهو ضعيف»[٥]

٢ - وأما حديث عويمر العجلاني :

فلا حجة فيه لان الزوجة تبين باللعان فطلاق الثلاث وقع على غير محل

---

(١) الفتح الباري ٩/٣٩٨ .

(٢) نيل الاوطار ٦/٢٢٨ زاد المعاد ٤/٥٨ اغاثة اللهفان ١/٣١٨ .

(٣) من الروايات التي لم تذكر الزيادة ماروى عن ابن عمر أنه طلق امرأته ثلاثاً وانه عليه السلام امره بمراجعتها واحتسبت له واحدة - تفسير القرطبي ٣/١٢٩ .

(٤) ابن حزم ابو محمد علي بن سعيد بن حزم بن غالب بن صالح . اصله من فارس . ولد بقرطبة سنة اربع وثمانين وثلثمائة كان عالماً بعلوم الحديث وفقهه ، مستنبطاً للاحكام من الكتاب والسنة . بعد ان كان شافعي المذهب ، انتقل الى مذهب اهل الظاهر .

من مؤلفاته : المحلى ، الاحكام لاصول الاحكام . الفصل في الملل والاهواء والنحل .

(٥) المحلى ١٠/١٧٠

اذ بانت قبل الطلاق فأي اقرار من النبي عليه السلام حتى يعتبر حجة في ايقاع الطلقات الثلاث[1] .

واما قولهم ان سكوته عدم انكار . فقد اجاب السرخسي بجوابين :[2]

١ - انما ترك (النبي) الانكار على العجلاني في ذلك الوقت شفقة عليه لعلمه انه لشدة الغضب ربما لايقبل قوله فيكفر فأخر الانكار الى وقت آخر وانكر عليه في قوله فلا سبيل لك عليها .

٢ - أو كراهة ايقاع الثلاث لما فيه من سد باب التلافي من غير حاجة وذلك غير موجود في حق العجلاني لان باب التلافي بين المتلاعنين منسد ماداما مصرين على اللعان والعجلاني كان مصراً على اللعان .

٣ - وحديث محمود بن لبيد :

اجابوا : ان الرواية التي اجمع عليها الحفاظ الذين نقلوها لا دلالة فيها ، اكثر من ان النبي عليه السلام : قام غضباناً وقال : أيلعب بكتاب الله وانا بين اظهركم . فهل يعقل ان يجيز رسول الله عمل من يلعب بكتاب الله عز وجل .

قال صاحب سبل السلام[3] ومما يدل على عدم مشروعية الثلاث ما اخرجه سعيد بن منصور بسند صحيح عن انس ان عمر كان اذا اتى برجل طلق امرأته ثلاثاً اوجع ظهره ضرباً ، وكأنه اخذ تحريمه من قوله صلى الله عليه وسلم : ايلعب بكتاب الله ..

واما الزيادة التي هي موضع الاستدلال فقال عنها ابن القيم[4] : « هذه

---

(١) اختلاف الفقهاء في اللعان هل تبين به الزوجة ام لابد من تفريق الحاكم ام تبين بمجرد لعان الزوج على ثلاثة اقوال وسيأتي تفصيل ذلك في موضعه .

(٢) المبسوط ٦/٥ .

(٣) سبل السلام ٣/٢٣٣ .

(٤) اغاثة اللهفان ١/٢٩٧

اللفظة موضوعة لاتروى في شيء من طرق هذا الحديث البتة وليست في شيء من كتب الحديث وانما هي من كيس هذا القائل حمله عليها فرط التقليد ومع هذا فان محمود بن لبيد لم يذكر ماجرى بعد ذلك من امضاء اورد الى واحدة.

ومن حيث السند فقد قال ابن حزم بعد ان روى الحديث المذكور:[1] انه مرسل ولا حجة في مرسل.[2]

حديث عبادة بن الصامت:

واما حديث عبادة الذي استدلوا به على وقوع الطلاق الثلاث فغير صحيح.

قال ابن حزم «واما حديث عبادة بن الصامت ففي غاية السقوط لانه إما عن طريق يحى بن العلاء وليس بالقوى عن عبيد الله بن الوليد الوصافي وهو هالك عن ابراهيم بن عبيد الله بن عبادة بن الصامت وهو مجهول لايعرف ثم هو منكر جدا لانه لم يوجد قط في شيء من الاثار ان والد عبادة رضي الله عنه ادرك الاسلام فكيف جده وهذا محال بلا شك.[3]»

• • •

---

(١) المحلى ١٠/١٦٧.

(٢) هو مايترك فيه التابعي اسم الصحابي الذي وصل اليه الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم فيقول التابعي قال رسول الله.

والفقهاء على خلاف في قبول الحديث المرسل اوعدم قبوله.

والمرسل عند الشافعي مقبول بشرطين:

١ - ان يكون راوي الحديث من كبار التابعين من التقوا بعدد من صحابة رسول الله كسعيد بن المسيب.

٢ - ان يوجد مايقوي الحديث المرسل:

١ - بأن يروى بطريق آخر متصل.

٢ - او يرويه في معناه التبعة.

٣ - او يوافق بعض اقوال الصحاب وفتاويهم.

(٣) المحلى ١٠/١٦٨.

حديث فاطمة بنت قيس :

وردوا حديث فاطمة بنت قيس بأنه مضطرب فقد جاء بروايات عدة والفاظ مختلفة[1] .

روى مسلم في صحيحه عن عبيد الله بن عتبة : ان ابا عمرو بن حفص بن المغيره خرج مع علي بن ابي طالب الى اليمن ، فأرسل الى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقه كانت بقيت من طلاقها ، وامر لها الحارث بن هشام وعياش بن ابي ربيعة بنفقة فقالا لها : والله مالك نفقة الا ان تكوني حاملا — فأتت رسول الله فذكرت له قولها . فقال : لا نفقه لك وساق الحديث ...[2]

وفي صحيح البخاري[3] — أن فاطمة بنت قيس طلقها زوجها أبو حفص ابن عمرو آخر الطلقات الثلاث وأمر لها بتمر وشعير فاستقلت ذلك وشكت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال لها ليس لك سكنى ولا نفقة .

ويقوم ابن القيم في زاد المعاد[4] — الحديث جاء بخمسة الفاظ : طلقها ثلاث طلقها البتة ، طلقها آخر ثلاث تطليقات ، وارسل اليها بتطليقة كانت بقيت لها وطلقها ثلاثا جميعاً .

---

(١) اغاثة اللهفان ١/٣١٢

(٢) الحديث : فاستأذنته بالانتقال فأذن لها . فقالت اين يارسول الله ؟ فقال الى ابن ام مكتوم ، وكان اعمى ، تضع ثيابها عنده ولايراها فلما مضت عدتها أنكحها أسامة بن زيد فأرسل اليها مروان قبيصة ابن ذؤيب يسألها عن الحديث فحدثته به ، فقال مروان : لم نسمع هذا الحديث الا من امرأة ستأخذ بالعصمة التي وجدنا الناس عليها ، فقالت فاطمة حين بلغها قول مروان فبيني وبينكم القرآن ، قال الله عز وجل ، « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة . » قالت هذا لمن كانت له مراجعه فأي أمر يحدث بعد الثلاث؟. فكيف تقولون لانفقة لها اذا لم تكن حاملا . فعلام تحبسونها ؟. رواه احمد وابو داوود والنسائي

(٣) صحيح البخاري ٩/٣٩٣ .

(٤) زاد المعاد ٤/ ٩٨

واللفظ الخامس « طلقها ثلاثا جميعاً » من حديث خالد عن الشعبي ولم يقل ذلك عن الشعبي غيره مع كثرة من روى هذه القصة عن الشعبي [1].

وعلى هذا فالاستدلال بحديث فاطمة بنت قيس لا يصلح ان يكون حجة على وقوع الثلاث . ولان الروايات التي جاءت في البخاري ومسلم تشير الى ان تلك الطلقة كانت آخر الطلقات الثلاث فسقط الاستدلال .

وجاء في فتح الغفار بشرح المنار لابن نجيم الحنفي [2] ان حديث فاطمة من قبيل الشاذ لا يعمل به .

واما دعواهم الاجماع :

فالاجماع لم ينعقد على وقوع الطلاق الثلاث ثلاث طلقات في اي عصر كان فقد رأينا المذاهب التي خالفت ذلك كما نقلنا آراء الصحابة والتابعين الذين قالوا بوقوع الطلاق واحدة مهما اقترن به من عدد .

وقولهم ان الاجماع انعقد في عهد عمر معناه : ان الطلاق الثلاث كان يقع واحدة قبل عهد عمر ثم ظهر ناسخ لدى عمر خفي عمن قبله فانعقد الاجماع على ذلك .

اما ظهور ناسخ فقد بينا بطلان هذا القول لانه ليس من المعقول ان يخفى ناسخ على جمهور الصحابة في امر له صلة في كل امرة ولدى كل بيت .

واما في الاجماع نفسه فكل ماقيل انه لم يعرف مخالف لما اجمع عليه الصحابة في عهد عمر ولكننا نقول ان عدم العلم بالمخالف لا يعني العلم بانتفاء المخالف ، وعدم العلم ليس بعلم حتى يحتج به ، هـذا اذا لم يعلم مخالف فكيف اذا علم المخالف ؟..

---

(١) جاء في زاد المعاد : عن مجالد وهو خطأ صححه العلامة الكوثري رحمه الله راجع الاشفاق في احكام الطلاق .

(٢) فتح الغفار ٢/٨٤ .

ويقول ابن حجر في فتح الباري ... تعليقاً على ماجاءفي صحيح البخاري: باب من جوز الطلاق الثلاث ... يقول هذا اشارة الى ان من السلف لم يجوز وقوع الطلاق الثلاث[1]

كما يقول في محل آخر بعد ان ذكر آراء عدد كبير من الفقهاء الذين قالوا بالوقوع واحدة:

والعجب من ابن التين حيث جزم بأن لزوم الثلاث لا اختلاف فيه مع ثبوت الاختلاف كما ترى[2].

وقال شيخ المفسرين الرازي في تفسير قوله تعالى الطلاق مرتان[2].

... وهو اختيار كثير من علماء الدين أنه لو طلقها اثنين او ثلاثا لايقع الا الواحدة. وهذا القول هو الاقيس لان النهي يدل على اشتمال المنهى عنه على مفسدة راجحة والقول بالوقوع سعي في ادخال تلك المفسدة في الوجود وانه غير جائز فوجب ان يحكم بعدم الوقوع.

---

(١) فتح الباري ٢٩٦/٩ .

(٢) تفسير الرازي ٢٥٢/٢ .

ماتراه في هذا الموضوع

بعد أن ناقشنا ادلة الطرفين سأبدي ملاحظات سريعة حول النقط التالية :

١ – الاحاديث الواردة في هذا الموضوع .

٢ – في دعوى الاجماع .

٣ – في اجتهاد عمر رضي الله عنه .

اولا – في الاحاديث الواردة في الموضوع :

صحة الحديثين في وقوع الثلاث واحدة :

مهما قيل في الروايات التي رواها الجمهور ومخالفوهم فان لدينا حديثان صحيحان عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حديث في صحيح مسلم وحديث في مسند احمد في ان الطلاق المتعدد لايقع الا واحدة .

فالحديث الاول، حديث ابن عباس، لم يطعن به العلماء في متنه ولا في سنده بامر يصلح ان يكون حجة اللهم الا مسالك سلكوها بتأويلات بعيدة عن المعنى المراد. وكل ذلك في رأي لتبرير اجتهاد عمر رضي الله عنه ، حتى ان الامام احمد لما سأله الاثرم عن حديث ابن عباس بأي شيء ترده قال له الامام احمد ، برواية الناس عن ابن عباس من وجوه خلافه .

فهذا الامام احمد يعترف بصحة الحديث انما تركه لان راويه افتى بخلاف ذلك ، وقد بينا اقوال الفقهاء بمخالفة الراوي لفتواه .

وقد ذكر ابن القيم[٢] ان أصل مذهب احمد ان الحديث اذا صح لم يرده

---

(١) اعلام الموقعين ٣/٤٦

لمخالفة راويه له . فعلى اصول مذهب احمد : يخرج له قول : ان الثلاث واحدة فانه اذا صرح بانه انما ترك الحديث لمخالفة الراوي ، وصرح في عدة مواضع اخرى ان مخالفة الراوي لاتوجب ترك الحديث ، خرج له في المسألة قولان .

واما الحديث الثاني، حديث ركانه، فقد بينا صحته وقلنا ان كل من طعن به فقد طعن برواية ابي داود لان فيها مجهولا لاتصح الرواية عنه . ونحن رويناه بما جاء في مسند احمد وبسند صحيح .

. . .

اذا صح الحديث فهو مذهبي :

وقد اتفق الفقهاء على ان الحديث اذا صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو المرجع وكل ماخالفه لاعبرة به من اقوال المذاهب .

قال ابن عابدين:[1] «اذا صح الحديث وكان على خلاف المذهب عمل بالحديث ويكون ذلك مذهبه ولا يخرج مقلده عن كونه حنفيا بالعمل به فقد صح عنه انه قال : اذا صح الحديث فهو مذهبي » .

وقد حكى ذلك ابن عبد البر عن ابي حنيفة وغيره من الائمة[1] ا ه . ونقله الامام الشعراني عن الائمة الاربعة .

ونقل الاجهوري والخرشي في شرحيهما على مختصر خليل عن معن بن عيسى قال سمعت مالكا يقول : ـ انما انا بشر أخطىء واصيب فانظروا في رأيي ماوافق الكتاب والسنة فخذوا به وما لم يوافقها فاتركوه .

وحكى ابن القيم في اعلام الموقعين ان الربيع قال : سمعت الشافعي يقول : كل مسألة يصح فيها الخبر عن رسول الله عند اهل النقل بخلاف ماقلت

---

(١) حاشية ابن عابدين ١/٦٣ .

(٢) نقل ذلك ابن عبد البر في : جامع بيان العلم ونقله مختصر الجامع ص ١١٢

فانا راجع عنها في حياتي وبعد مماتي . ونقل امام الحرمين في نهايته عن الشافعي انه قال : اذا صح خبر يخالف مذهبي فاتبعوه واعلموا انه مذهبي .

...

ماخالف به الفقهاء ائمتهم لصحة احاديث :

جاء في شرح السنة وهو مخطوط بدار الكتب المصرية في الجزء الثالث برقم **٢٧٤** حديث : للامام ظهير الدين ابو محمد الحسين البغوي المتوفي سنة **٥١٦** وهو من ائمة الشافعية[١] يقول في باب : المرأة لاتخرج الا مع محرم . بعد ان ساق حديثا متفقا على صحته قال : « قلت هذا الحديث يدل على ان المرأة لايلزمها الحج اذا لم تجد ذا محرم يخرج معها وهو قول النخعي والحسن البصري وبه قال الثوري واحمد واسحاق واصحاب الرأي . وذهب قوم الى انه يلزمها الخروج مع جماعة من النساء وهو قول مالك والشافعي **« والاول اولى لظاهر الحديث »** فانظر كيف رجح البغوي خلاف مذهبه حين صح لديه الحديث .

ومثل ذلك فعل الغزالي حين رجح رأي مالك على رأي الشافعي في بعض الامور لصحة الحديث برواية مالك . قال في الاحياء[٢] وقال : كنت اود أن يكون مذهبه كمذهب مالك رضي الله عنه في ان الماء وان قل لاينجس الا بالتغيير للحاجة الماسة اليه ... وقال : ومن اول عصر رسول الله الى آخر عصر اصحابه لم تنقل واقعة في الطهارة ولا سؤال عن كيفية حفظ الماء عن النجاسات وقد توضأ عمر رضي الله عنه بما في جرة نصرانية وهذا كالصريح في انه لم يعول الا على عدم تغير الماء .

هذه كلها ادلة واضحة على ان العبرة بصحة الحديث لا برأي المذهب وان

---

(١) مخطوط رقم ٢٧٤ حديث . دار الكتب المصرية.

(٢) الاحياء ١/١٢٨ .

اي امام مهما علت منزلته اذا خالف رأيه الحديث الصحيح فالعبرة بحديث رسول الله وقد صح لدينا حديثان في ان وقوع الطلقات المتعددة لايقع الا واحدة . وقد اوردنا بعض التطبيقات العملية على ذلك .

ثانيا : في الاجماع .

قلنا في مناقشة ادلة الجمهور أن الاجماع لم ينعقد على وقوع الطلاق الثلاث ثلاث طلقات .

ولايزال الخلاف بين رجال الفقه حتى عصرنا هذا وحتى بعد صدور قوانين البلاد العربية التي نصت صراحة على وقوع الثلاث واحدة ، واني أنقل آراء جمهرة من فقهائنا المعاصرين .

من قال بوقوع الثلاث واحدة من المعاصرين :

ويقول الاستاذان الجليلان فضيلة الشيخ محمود شلتوت شيخ الجامع الازهر ، والشيخ محمد السايس [1] .

« وانك لو قطعت النظر عن كل ماورد في المسألة من نصوص واستقبلتها استقبالا منظوراً فيه الى الاثار المترتبة على كل من الفرضين يتبين لك واضحاً ان القول بوقوعها واحدة أقل مفسدة من القول بوقوعها ثلاثا والقاعدة المحكمة في مثل هذا عند جميع العلماء وكما تقضي به الشريعة ان يرتكب اخف الضررين واقلها فسادا » .

يقول المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف [2] ـ بعد أن ذكر ماذهب اليه القانون من أن الطلاق الثلاث واحدة ... «وفي الاخذ به صيانة لرابطة الزوجية من العبث وحمل الازواج على اتباع السنن المشروع لايقاع الطلاق مرة بعد مرة» .

---

(١) مقارنة المذاهب ص ٨٩ .

(٢) الاحوال الشخصية ص ١٤٤ .

وقال المرحوم فضيلة الاستاذ المراغي شيخ الازهر سابقا [1] ـ بعد أن ذكر حجج الجمهور ومخالفيهم وماجاء به القانون ـ « فالمسألة خلافية ، ودعوى الاجماع فيها غير صحيحة . والقائلون بوقوع الطلقة الواحدة أئمة يجوز تقليدهم والدليل ينصرهم ، فالقول بهذا كما في القانون لايعد خروجا على الدين . »

* * *

من قال بوقوع الطلقات الثلاث ثلاثا من المعاصرين :

قال فضيلة الاستاذ الدكتور الشيخ عبد الرحمن تاج شيخ الجامع الازهر سابقاً [2] .

بعد أن أورد حجج الجمهور ورد عليهم « ولكن الحكم بأن الثلاث واحدة لم تنهض له الحجة ، ولم يسلم له دليل » .

وقال استاذنا الجليل الشيخ علي قراعة [3] ـ رئيس المحكمة العليا الشرعية سابقاً ـ وهو من أشد المتحمسين ضد القانون في جعله الطلقات الثلاث طلقة واحدة ـ بعد اورد حجج ابن القيم ورد عليها قال :

«ان من يلاحظ ذلك يجب ان يقول ان الواجب الان هو التشديد على المطلقين بتنفيذ اقوالهم عليهم واعتبار ما أوقعوه من الطلاق الثلاث ، على حسب ما أوقعوه ، لا أن يخفف عنهم ويعتبر الطلاق الثلاث واحدة . لهذا أرى ان اساس هذا الرأي لايتفق والوقت الحاضر وان الواجب هو الرجوع الى مافعله عمر لا ان يترك ويقال خلافه مع ظهور ضعف الرأي المخالف .

هذا هو الرأي الفقهي الذي اراه واجب الاتباع فيما يتعلق بايقاع الطلاق الثلاث جملة واحدة .»

---

(١) مشروع الزواج والطلاق ص ٥٨ ط الثانية ١٩٣٨

(٢) الاحوال الشخصية ص ٢١٤ .

(٣) فقه القرآن والسنة ص ٤٣ .

والخلاصة : ان الاجماع انعقد على وقوع الثلاث واحدة قبل عصر عمر رضي الله عنه ولم ينعقد على الوقوع ثلاثا حتى الان . فالطلاق الثلاث كان لايقع الا واحدة في عصر النبي عليه السلام وعصر ابي بكر وسنتين من خلافة عمر ولم يخالف احد في ذلك من الصحابة فانعقد الاجماع على ذلك وهو أن من طلق زوجته ثلاثا لايقع الا واحدة . وقد استمر الاجماع على ذلك ولم ينقرض عصر المجمعين ، حتى جاء عمر فالزم الناس بوقوع الثلاث وخالفه بذلك ابن عباس وغيره ، واستمر الخلاف بين فقهاء الصحابة والتابعين وفقهاء المذاهب حتى عصرنا هذا .

نقل صاحب الدر المنتقى عن القهستاني والتمرتاشي:[1] « واعلم انه كان في الصدر الاول اذا ارسل الثلاث جملة لم يحكم الا بوقوع واحدة الى زمن عمر رضي الله تعالى عنه ثم حكم بوقوع الثلاث سياسة لكثرته بين الناس » .

وقال صاحب مجمع الانهر تعليقا على ذلك بعد أن ذكر النص السابق : « ثم حكم بوقوع الثلاث لكثرته بين الناس تهديدا » .

* * *

ثالثا - ماتراه في اجتهاد عمر :

١ - لولي الامر في الاسلام حق التدخل في شئون النكاح والطلاق فله أن يزوج من يعضلها وليها عن الزواج . وهو ولي من لا ولي لها . كما له أن يفرق بين الزوجين في حالات نص عليها الشارع وماذاك الا لاهمية هذا العقد المقدس في الشريعة الاسلامية حيث تتعدى اثاره الزوجين الى المجتمع الكبير بأمره ان خيراً فخير وان شرا فشر .

جاء عمر وهو الذي عرف بالفقه الاسلامي بالمجتهد الجريء فرأى الناس

---

(١) مجمع الانهر ١٠/٣٨٢ .

يرتكبون المحرم حين يطلقون ثلاثا فنهاهم فلم ينتهوا لأن الحرمة في ايقاع الثلاث حرمة ديانية تتراوح بين المد والجزر حسب الظروف والبيئات . ولهذا بدأ عمر يؤدب من يطلق ثلاثا بضربه بينما لم نجد الا القليل جداً في عصر النبي من طلق ثلاثا وكان النبي عليه السلام يستنكر هذا ولم ينقل لنا أنه عزر احداً بفعله .

جاء عمر فبدأ يعزر من يخالف شرع الله في الطلاق وتواترت الروايات عنه انه كان اذا اتى برجل طلق امرأته ثلاثا ضربه وحلق رأسه وعزره[1] .

ولما لم تفد هذه العقوبة في ردع الناس عن ارتكاب المحرم في طلاقهم قرر عمر أن يزيد العقوبة كما زادها من مجرد الاستنكار في عصر النبي الى الضرب في بداية حكمه وولي الامر يملك زيادة العقوبة . فعقوبة شرب الخمر كانت اربعين جلدة فجاء عمر فجعلها ثمانين وليس هذا تغييراً لحكم الله انما هو تفسير لحكم الله لان احكام الله ، جاءت لتحقيق مصالح الناس ولردع الجناة عن الآثام والجرائم والذنوب فاذا لم تفد عقوبة في عصر ما فيما عدا مانص عليه بنصوص قطعية فللقاضي ان يزيد العقوبة تحقيقا للمصلحة[2] .

لم يجد عمر وسيلة لردع الناس عن ارتكاب هذه المخالفة في طلاقهم الا حرمانهم من مراجعة زوجاتهم اذا ماأوقعوا الطلاق على غير ماشرع الله ولهذا الزمهم بالثلاث

---

(١) جاء في متن القدوري ٢/٣١ وكان عمر رضي الله عنه لايؤتى برجل طلق الا اوجعه ضربا .

(٢) جاء في الفروع فتوى لابن القاسم تدل على أن المفتي له ان يراعي حال المستفتي فيفتيه حسب ما يراه ان كان الامر اجتهادياً وله اكثر من حل . فقد جاء في الحلف بالنذر ان الحالف مخير بين التكفير والامضاء فاذا قصد العقوبة لئلا يفعل ذلك امر بالامضاء – قال ابن القاسم لابنه : قد افتيتك بقول الليث وان عدت افتيتك بقولي مالك » . فعبد الرحمن بن القاسم امام في الفقه والدين فرأى سائغاً له ان يفتي ابنه ابتداء بالرخصة فان عاد واصر على فعل مانهى عنه افتاه بالشدة وهذا بعينه هو التعزير في بعض المواضع التي يكون فيها إما بالايجاب واما بالتحريم فان العقوبة بالايجاب كالعقوبة بالتحريم « الفروع » ١/١٨٠ .

وقال لهم من طلق على خلاف ماشرع الله فطلق ثلاثا فعقوبته عدم مراجعة زوجته حتى تنكح زوجا غيره .

فاجتهاد عمر فيما خالف به سلفه ليس جديدا في تاريخنا الفقهي فقد خالف الصحابة في تقسيم اراضي العراق. (١) وفي عقوبة شارب الخمر (٢) .

كما ان اجتهاداته التي بناها على المصلحة العامة اكثر من ان تعد وتحصى من انشاء الدواوين وايجاد سجون للمجرمين ومن حرقة قصر سعد بالكوفة لما احتجب عن الرعية ومن نفيه نصر بن حجاج . (٣)

٢ – ولكن قد يقول قائل ان هذه عقوبات عامة لاتتناول شئون الاسرة التي هي بين زوجين في بيت واحد لها احكام مقننة مفصلة وللجواب على ذلك نأتي بأمثلة تتعلق بالزواج والطلاق :

---

(١) قسمة الاراضي التي فتحها المسلمون في العراق هي من القضايا الاجتهادية التي اجتهد بها عمر رضي الله عنه .

فقد نص القرآن الكريم على ان خمس الغنائم لبيت مال المسلمين يوزع كما جاء في الآية الكريمة: « واعلموا ان ما غنمتم من شيء فان لله خمسه، والرسول ، ولذي القربى ،واليتامى والمساكين وابن السبيل ».

اما بقية الاخماس فيأخذها المجاهدون كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم وكما تدل عليه الآية الكريمة . ولما فتح المسلمون العراق وجد عمر بثاقب بصره ان الاراضي اذا وزعت على المسلمين المجاهدين فسيأتي يوم لايجد فيه المسلمون مالا يكفي للمصالح العامة كتجهيز الجيوش فقال اذا قسمت ارض العراق بعلوجها وارض الشام بعلوجها فما يسد به الثغور ؟.. وما يكون للذرية والارامل ؟. وبعد ان استشار عمر صحابة رسول الله ، حبس الاراضي التي غنمها المسلمون فتركها في يد اهلها يؤدون عنها الخراج . راجع الخراج لابي يوسف ط القاهرة ١٣٥٢ ص ٢٣ ، الاموال لابي عبيد بن سلام ص ٥٨ ط حجازي ١٣٥٣ ، المدخل لاصول الفقه للدكتور الدواليبي ص ٨٠ .

(٢) كان حد شارب الخمر في زمن النبي صلى الله علية وسلم اربعين جلدا . ثم جاء عمر فرأى الناس استخفوا في شرب الخمر وعقوبته فجعلها ثمانين جلدة . الموافقات ٤/٣ . الثقافة الاسلامية ص ١٧٥ . معالم السنن للخطابي ص ٢٣٧ .

(٣) نصر بن حجاج السلمي . كان من اجمل الناس . امره عمر بجز شعره كي لاتفتن به النساء فازداد جمالا . فنفاه الى البصرة . الاصابة في ترجمة الصحابة ص ٥٧٩

فعمر رضي الله عنه امر غيلان بن سلمه الثقفي حينما طلق زوجاته ليمنعهن من الميراث حيث وزع ماله على بنيه فأمره ان يراجعهن وارسل اليه « وأيم الله لتراجعن نساءك، ولترجعن في مالك، اولا ورثهن منك ولآمرن بقبرك فيرجم»[1].

وقد فرق عمر بين كل من طلحة وحذيفة وزوجتيهما الكتابيتين وقال: لا احرمه ولكني اخشى الاعراض عن الزواج بالمسلمات. فزواج المسلم بالكتابية مباح على ماذهب اليه جمهور المسلمين ومع هذا فقد رأى عمر ان من المصلحة منع مثل هذه الزيجات بل وفسخها ان حصلت.[2] فاذا كان من يملك حق التفريق دون طلاق بين الزوجين الا يملك التفريق بعد طلاق محرم فيجعله ثلاثا ؟..

واذا خالف الزوج ماشرعه الله له من واجبات نحو الزوجة وقامت الزوجه تطالب بحقوقها فللقاضي ان يتدخل فيفرق بينهما ولو أصر الزوج على عدم الطلاق اذا لم يراع الزوج حقوق زوجته وما فرضه الشارع عليه.

كما ان الزوج اذا خالف امر الله فقذف زوجته او ظاهر منها او حلف الا يقربها اربعة اشهر كان للقاضي حق التدخل فيمنع الزوج من العودة الى زوجته مثلا او يأمره بالطلاق او يفرق هو بينهما وان اصر الزوج على عدم الطلاق.

والتفريق بين الزوجين اذا رأى الحكمان ذلك هو ايضاً الزام بفرقة لم تصدر من الزوج لمصلحة رآها الحكمان بعدم امكان استمرار الحياة بين زوجين اشتد الشقاق بينهما.

٣ ـ ثم نحن اذا رجعنا الى عصر النبي عليه السلام نجد ان النبي الكريم فرق بين اناس وزوجاتهم عقوبة لهم حتى تاب الله عليهم وهم الثلاثة الذين خلفوا عن رسول الله في غزوة تبوك[3]. فقد عاقبهم النبي الكريم بأن فرق بين الزوج

---

(١) الاصابة في ترجمة الصحابة ٣/١٩١.

(٢) تفسير القرطبي ٣/٦٨

(٣) هؤلاء الثلاثة هم كعب بن مالك ومرارة بن ربيعة العامري وهلال بن اميه الواقفي. وفيهم نزل قوله تعالى: «وعلى الثلاثة الذين خلفوا حتى اذا ضاقت عليهم الارض بما رحبت وضاقت عليهم انفسهم وظنوا ان لا ملجأ من الله الا اليه ثم تاب عليهم ليتوبوا ان الله هو التواب الرحيم». سورة التوبة آية ١١٧.

وزوجه وهي لاتزال تحت عصمته[1] .

بل اذا ناقشنا المذاهب التي قالت بوقوع طلاق السكران لوجدنا حجتهم الاولى ان لم تكن الوحيدة ان ايقاع الطلاق على السكران عقوبة للسكران على سكره .

وهكذا نرى ان ولى الامر يفرق بين الزوجين للمصلحة احياناً كما فعل عمر مع طلحة وحذيفة وعقوبة تارة اخرى كما فعل عليه الصلاة والصلام مع الذين تخلفوا عنه في غزوة تبوك .

يقول استاذنا الدكتور مدكور[2] ـ ان هذه السياسة تابعة دائماً لحاجات الناس متغيرة مع تغير تلك الحاجات ، ولهذا كثرت احكامها وتباينت طرائقها وانتهت الى نظم تختلف باختلاف الولاة والبلاد والأمم[3] .

. . .

٤ ـ واذا كان لولي الامر او الشارع ان يجعل التفريق بين الزوجين عقوبة لامر لاعلاقة له بأمور النكاح والطلاق أفلا يحق لولي الامر هذا ان يعاقب الزوج اذا ما خالف شرع الله في الطلاق فطلق على خلاف ما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية ؟ .

وهكذا وجدنا عمر الزم الثلاث لمن جمعها بكلمة واحدة او بمجلس واحد او في اطهار متعددة مادامت في العدة وحرمه من مراجعة زوجته حتى تنكح زوجاً غيره ، فحرمه من امر مباح ولولي الامر ان يمنع المباح اذا ترتب عليه ضرر او مفسدة .

---

(١) جاء في امتاع الاسماع ٤٨٣/١ ان رسول الله أرسل اليهم مع خزيمه بن ثابت يأمرهم أن يعتزلوا نساءهم فقال كعب لامرأته الحقي بأهلك فكوني عندهم حتى يقضي الله في هذا الامر ما هو قاض .. ط دار التأليف الترجمة والنشر عام ١٩٤١ ص ٢٩٤ .

(٢) الاباحة في الفقه والقانون للدكتور مدكور ص ٣٠٠ .

(٣) مذكرات في السياسة الشرعية للشيخ علي الخفيف .

بل ان ولي الامر يتدخل حتى في الرجعة فيمنع الزوج من مراجعة زوجته او يجعل الرجعة معلقة على شرط الانفاق والقدرة عليه كما في التفريق للأعسار. فالقاضي يفرق بين الزوجين اذا امتنع الزوج عن الانفاق او أعسر وطلبت زوجته التفريق لذلك، فيأمره القاضي بالطلاق فاذا لم يفعل طلق القاضي عليه.

وهنا قال المالكية يمنع الزوج من مراجعة زوجته - والطلاق رجعي هنا - حتى يثبت يساره واستعداده للانفاق.

وفي موضوع الطلقات الثلاث يمنع ولي الامر من يطلق مخالفاً شرع الله في الطلاق من مراجعة زوجته حتى تنكح زوجاً غيره.

يقول الاستاذ المراغي في اجتهاد عمر رضي الله عنه[1] : حرم عليهم الرجعة الا بعد زوج آخر والرجعه مباح من المباحات وليست بواجبه، فهو لم ينه الناس عن واجب وانما نهاهم عن مباح للمصلحة وهي ردهم الى ما كان عليه الناس زمن الرسول، وقد رأى عمر رضي الله عنه ان من حق الامام ان يسلب عن السبب الوضعي الحكم المترتب عليه لمصلحة يراها، فنهيه عن الرجعة جعل حكمها لايترتب عليها، وقد فعل عمر اموراً كثيرة لمصلحة الرعية.

ويقول استاذنا فضيلة الشيخ محمد ابو زهره في كتابه الجريمة والعقوبة[2] - الحقيقة ان ولي الامر عندما توجب المصلحة عليه ان يقيد امراً كان في اصله مباحاً هو في الحقيقة لايعد مباحاً ... اذ وصف الاباحة قد زال.

٥ - وهنا نتساءل عن عمل عمر هذا هل هو عمل تشريعي له صفة الدوام ام هو من قبيل السياسة الشرعية يدور حول المصلحة ؟.

ان العمل التشريعي الذي له صفة الدوام اما ان يكون من الكتاب او السنة او الاجماع وقد رأينا الكتاب والسنة على ان الطلاق يجب ان يكون مرة بعد مرة، ورأينا ان الاجماع لم ينعقد حتى نقول ان عمل عمر استمده من

---

(١) مشروع الزواج والطلاق ص ٨٣.

(٢) الجريمة والعقوبة ص ٢٩٩.

حجية الاجماع فالخلاف منذ عصر عمر حتى الآن ـ لايزال قائماً[1] ـ فلم يبق الا القول بأن عمل عمر هذا كان من قبيل السياسة الشرعية .

والسياسة الشرعية كما يقول ابن عقيل [2] : السياسة ما كان فعلا يكون معه الناس اقرب الى الصلاح ، وابعد عن الفساد ، وان لم يضعه الرسول ، ولا نزل به وحي فان اردت بقولك الا ما وافق الشرع ، اي لم يخالف مانطق به الشرع : فصحيح ، وان اردت : لاسياسة الا مانطق به الشرع ، فغلط وتغليط للصحابة . فقد جرى من الخلفاء الراشدين من القتل والتمثيل مالايجحده عالم بالسنن . ولو لم يكن الا تحريق عثمان المصاحف فانه كان رأياً اعتمدوا فيه على مصلحة الامة او تحريق علي رضي الله عنه الزنا دقه في الاخاديد» .

ان لولي الامر في الاسلام سلطة التعزيز وهذه تختلف حسب تقدير القاضي في كل عصر فقد يرى عمر امراً لايراه ابو بكر لان العصر اختلف ومتى كان الحكم اجتهادياً فلكل مجتهد رأيه .

وهنا ليس الامر اجتهادياً في رأيي لان عمر قام بذلك لاعلى انه قاض بل على انه خليفة المسلمين اعطاه الله سلطة تسيير أمور الرعية حسب المصلحة .

والسياسة الشرعية تدور علة الاحكام فيها حول المصلحة ودرء المفسدة ،

---

(١) ومما يؤيد وجود الخلاف في الطلاق الثلاث بين الصحابة ما رواه مالك في الموطأ ١٦٧/٣ : أن رجلاً جاء الى ابن مسعود فقال اني طلقت امرأتي ثماني تطليقات فقال ابن مسعود فاذا قيل لك قال قيل لي انها قد بانت مني فقال ابن مسعود صدقوا من طلق كما أمره الله فقد بين الله له ومن لبس على نفسه لبساً جعلنا لبسه ملصقاً به . لا تلبسوا على انفسكم ونتحمله عنكم هو كما يقولون .. وهذا دليل على ان للصحابة آراء في الموضوع الواحد يختلف بعضها عن بعض وإلا لأجابه ان زوجتك قد بانت منك دون استفسار عن رأي غيره .

(٢) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص ١٠ .

من جهة وتعتبر ملزمة بالنسبة للاجتهاد المختلف فيه[1] .

يقول القرافي في الفروق : ان حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف[2] .

وقد كان ابو بكر جالساً فأتاه كتاب من خالد بن الوليد يقول فيه « انه وجد في بعض نواحي العرب رجل ينكح كما تنكح المرأة » فاستشار الصديق اصحاب رسول الله وفيهم علي بن أبي طالب فقال له: « ان هذا الذنب لم تعص به امـة من الامم الا واحدة ، فصنع الله بهم ماقد علمتم ، أرى ان يحرقوا بالنار »[3] .

وهذا من قبيل تدارك الامر قبل استفحاله لاعقوبة على الزنا لان للزنا عقوبة مقدرة لاخلاف فيها ، بل خشية ان ينتشر هذا الوباء بين افراد هـذه القبيلة فقد رأى ابو بكر تغليظ العقوبة عليهم .

اردت من هـذه الفكرة الأخيرة ان أقول ان سياسة عمر كان رائدهـا المصلحة حين كان المسلمون لايراعون حق الله في الطلاق فيطلقون اكثر من طلقة مرة واحدة فالزمهم بالثلاث ومنعهم من الرجعة وذلك عقوبة لارتكابهم ما حرم الله .

أقول هنا اذا ماتغير العصر واصبح الناس يرتكبون من الاثام مالو علم به عمر لرجع عن رأيه الا وهو التحليل وهو الوسيلة الوحيدة للخروج من المأزق الحرج الذي الزموا به بوقوع الثلاث ثلاث طلقات فهل نبقي على اجتهاد عمر؟ . .

---

(١) جاء في ختام تقرير مجلة الاحكام العدلية ؛ فاذا امر امام المسلمين بتخصيص العمل بقول من المسائل المجتهد فيها تعين ووجب بقوله . وجاء في الفقرة الاخيرة من المادة ١٠٨١ : لو صدر امر سلطاني بالعمل برأي مجتهد في مسألة لأن رأيه بالناس أرفق ولمصلحة العصر أوفق ، فليس للحاكم ان يعمل برأي مجتهد آخر مناف لرأي ذلك المجتهد واذا عمل فلا ينفذ حكمه .

(٢) الفروق للقرافي ١٠٣/٢ .

(٣) الطرق الحكمية ص ١٨ .

ان المسلمين اليوم اصبحوا يوقعون الطلقات الثلاث مرة واحدة فيندم احدهم على فعله فلايجد وسيلة للرجوع الى زوجته الا عن طريق محرم الا وهو الاتفاق مع شخص آخر على شكل عقد صوري امام شاهدين ليحلل له زوجته، حتى اذا ما نال منها طلقها في اليوم الثاني .

هذا حرام وحرام وحرام ولم تأت به شريعة الاسلام رغم كل ما قيل فيه لان عقد الزواج عقد أبدي يعقد بصفة الدوام لا لقصد التحليل[1]

هذا الشر الذي وقع به المسلمون ترتب عليه من الاضرار مالايخفى فاذا كان الباعث لدى عمر رضي الله عنه ان يمنع الناس من ارتكاب المحرم ديانة وهو جمع الثلاث أفيرضى عمر ان يرتكب الناس اليوم جريمة التحليل بين الزوجات والازواج ؟ .

ان عمر لم يقصد بعمله هذا تحريم الطلاق الرجعي وحاشا لله ان يفكر عمر بوضع العقبات في طريق الحياة الزوجية وعودها الى صفاءها ، انما كان القصد من عمر أن يمتنع الناس من ايقاع الطلقات الثلاث فجعل هذه العقوبة درعاً واقيا لا سهما نافذا .

هذه نقطة هامة في رأيي اريد ان أسوقها الى اساتذتنا الذين يتحمسون لاجتهاد عمر والإبقاء عليه . ان عمر لم يفعل هذا للتضييق على الناس انما كانت غاية عمر ان يخشى الناس إذا هم اوقعوا الطلاق على خلاف شرع الله وحكمته ان يحال بينهم وبين زوجاتهم فلا تعود اليهم الا بعد زوج آخر فيمتنعون عن ايقاع الثلاث ويطلقون طلقة واحدة .

فهل تحقق ما اراده عمر ؟ ... هل امتنع الناس عن ايقاع الثلاث ؟ ...

---

(١) وقال زفر من اصحاب ابي حنيفة : ان النكاح المؤقت ينعقد مؤبداً ويلغو شرط التوقيت. لأن النكاح اذا اقترن بشرط التوقيت كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً. والجمهور على انه لا فرق بين نكاح المتعة الذي حرمه الاسلام وبين النكاح الموقت الذي يعقد لمدة معينة ولغرض معين فكلاهما عقد باطل .

الجواب لا، لم يمتنع الناس ، بل لا يزال الكثير يطلق ثلاثا، فما العمل اذن؟...
ان السياسة الشرعية التي تضع الحلول والانظمة قد تمر بتجارب فان هي حققت المأمول استمر ولي الامر بها والا رجع عنها أو عدل فيها أو غيرها .

قال ابن تيمية : ولو رأى عمر عبث المسلمين في تحليل المبانة لمطلقها ثلاثاً لعاد الى ما كان عليه الأمر في عهد الرسول [1] .

ولهذا ان صح ما نقله ابن القيم من أن عمر رجع عن قوله كان دليلا لما قلته ان السياسة الشرعية تدور حول المصلحة فان هي حققتها استمرت والا فيجب ان تتغير .

قال الحافظ ابو بكر الاسماعيلي في مسند عمر : اخبرنا ابو يعلى حدثنا صالح بن مالك حدثنا خالد بن يزيد ابن ابي مالك عن أبيه قال : قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : ماندمت على شيء ندامتي على ثلاث: ان لا أكون حرمت الطلاق . وعلى ان لا اكون انكحت الموالى ، وعلى ان لا اكون قتلت النوائح [2] .

واذا كان حرص عمر على ان لا يرتكب الناس في عصره المحرم ديانة بايقاعهم الثلاث مجموعة فحرمهم من الرجعة وهي امر مباح .

افلا يكون حرص المسلمين اليوم اشد على ان لا يرتكب الناس جريمة التحليل حينما نوقع عليهم الطلقات الثلاث لتعود زوجاتهم اليهم .

ان في الرجوع الى اعتبار الطلقات الثلاث طلقة واحدة رجوع الى ما كان عليه النبي عليه السلام وعصراني بكر وبداية عهد عمر وان في العدول عن الالزام بالثلاث تحقيق الى ما رمى اليه عمر باجتهاده من جلب المصلحة ودفع المفسدة لان السياسة الشرعية تدور حولها .

• • •

---

(١) راجع علم اصول الفقه للاستاذ عبد الوهاب خلاف ص ١٣٠ مطبعة النصر ١٣٦٤

(٢) الاغاثة ١/٣٣٦ . جاء في طبقات ابن سعد ٧/١٦٦ ترجمة يزيد بن ابي مالك انه مات سنة ١٣٠ عن ٧٢ سنة .

طلاق الثلاث في قوانين البلاد العربية

مصر : جاءت المادة الثالثة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ :

الطلاق المقترن بعدد لفظا او اشارة لا يقع الا واحدة. ومن الجدير بالذكر ان الحكم السائد قبل صدور قانون ١٩٢٩ في مصر كان يعتبر الطلقات الثلاث ثلاثا مستمدا من مذهب الامام ابي حنيفة والذي هو مذهب الائمة الاربعة ٩ - فقد جاء في المادة ٢٣٩ من قانون الاحكام الشرعية لقدري باشا :

وان قال لها انت طالق ثلاثا او اشار اليها بثلاث اصابع قائلا انت طالق هكذا بانت بينونة كبرى .

السودان : الطلاق الثلاث يعتبر طلقة واحدة رجعيه . المنشور الشرعي السوداني رقم ٤١ سنة ١٩٣٥ .

المغرب : الفصل ٥١ :

الطلاق المقترن بعدد لفظا او اشارة او كتابة لا يقع الا واحدا .

سوريا : م ٩٢ : الطلاق المقترن بعدد لفظا او اشارة لا يقع الا واحدا.

الاردن : م ٧٢ : الطلاق المقترن بعدد لفظا او اشارة لا يقع الا واحدة.

العراق : م ٣٧ في ٢ - الطلاق المقترن لفظا او اشارة لا يقع الا واحدة (لعل كلمة بعدد سقطت بعد المقترن سهوا) .

تونس : لا نص في الموضوع وكل ما وجدته : الفصل ٣٠ : لا يقع الطلاق الا لدى المحكمة . ولا ندري هل يحكم القاضي بالمذهب المالكي في عدد الطلقات حيث لا نص في القانون ام انه يساير الشارع - وهذا ما نرجحه - في تقييده الطلاق حيث جعله بيد الحاكم فلا يحكم باكثر من طلقة .

لبنان : م ١٠٨ : الزوج يملك تطليق الزوجة ثلاث مرات . والنص غير صريح والمذهب السائد هو الحنفي والمرجع فيما لا نص فيه .

م ٢٢٤ : من الاحكام الجعفرية في العراق :
ولو اوقع الثلاث من دون رجعة فلا يحسب الا واحدة .
م ١٢٩ : من قانون الجعفرية في لبنان :
اذا قال الرجل لزوجته : انت طالق ، انت طالق ، انت طالق . او قال انت طالق ثلاثاً قاصداً بذلك ثلاث طلقات يقع الطلاق واحداً فحسب .

ونلاحظ على القانون العراقي في هذه المادة هو ان مفهوم الرجعة غير واضح تماماً فان مجرد الرجعة لاتكفي في المذهب الجعفري بل لابد من المواقعة بعد كل مراجعة والا فلا يقع اكثر من واحدة ولو راجعها وطلقها اكثر من مرة او للمرة الثالثة لان المواقعة شرط لايقاع الطلقة الثانية بعد المراجعة .

وليس في نص المادة ما يشير الى ذلك ولكن ما دام مصدر القانون هو المذهب الجعفري كان لا بد من مراعاة حكم هذه المادة بالمفهوم الصحيح للمراجعة .

ومن ناحية ثانية نأخذ على هذه المادة الغموض من حيث عدم التفرقة بين الطلقات المجموعة بكلمة واحدة وبين الطلقات المتكررة في مجلس او مجالس ، وقد يكون لهذه التفرقة عدم الفائدة في غير المذهب الامامي لولا وجود الخلاف في جمع الطلقات بكلمة واحدة وان طائفة من الجعفرية تقول بعدم الوقوع مطلقاً ـ وعلى كل حال فنحن نرى ان مراد المشرع عدم التفرقة بينهما .

لهذا كنت افضل ان تشير هذه المادة الى مفهوم المراجعة كما نصت عليه كتب المذهب الامامي ، وان توضح المراد بكلمة الثلاث هل هي متفرقة او مجموعة .

...

الطلاق الثلاث في اندنوسيا :

ان المذهب السائد في اندنوسيا هو المذهب الشافعي وان كانت النهضة

التشريعية قد اتجهت في المدة الاخيرة حتى شملت جميع القوانين ومنها قانون الاحوال الشخصية فقد حاولت الهيئة التأسيسية وضع قانون مستقى من اكثر من مذهب بل اخذت في بعض الامور بالاجتهاد المطلق. وفي موضوع الطلاق الثلاث بقي الحكم بوقوع الثلاث ثلاثاً، وانه لمن الغريب والمذهب السائد هو المذهب الشافعي ان ينص القانون على ان الافضل ان يطلق الرجل طلقات متفرقة اي انه اخذ بغير المذهب الشافعي فكان من السهل عليه ان يخطو الخطوة التالية فيساير اكثر القوانين العربية وينص على وقوع الثلاث واحدة.

م ٤١ : أ ــ ان اكثر الطلاق الذي يوقع على امرأة واحدة ثلاث طلقات فقط.

ب ــ والافضل في ايقاع الطلاق ان يكون واحداً بعد واحد.

ويلاحظ هنا بكلمة الافضل انه يراد به خلاف الاولى وبالاصطلاح الفقهي أنه يأثم من يوقع اكثر من واحدة وهذا متفق مع المذاهب التي قالت بأن الطلاق الثلاث مجموعة بدعة وانه يأثم من يفعل ذلك، ولكن يقع ما اوقعه الزوج سواء اكان واحدة او اكثر.

• • •

شراح القانون في تفسير الطلاق المتتابع :

اختلف شراح القانون في الطلاق المتتابع هل يقع واحدة كالطلاق المقترن بالعدد ام انه يقع به ثلاث طلقات اخذاً بالمذهب الحنفي الذي احال اليه القانون في حال عدم وجود نص .

ولم يكن من حاجة الى هذا الخلاف امام سكوت النص الا الرجوع الى مذهب ابي حنيفة لولا ان المذكرة الايضاحية اشارت الى ان غاية المشرع القضاء على تعدد الطلقات. وها نحن نورد رأي بعض اساتذتنا في هذا الموضوع ثم نذكر مانراه تفسيراً للقانون في الطلاق المتتابع المتكرر .

رأي الشيخ علي الخفيف :

يقول استاذنا فضيلة الشيخ علي الخفيف :

ان الطلاق المتتابع يقع ثلاث طلقات لان القانون صريح بحصر الطلقات الثلاث التي تقع واحدة هي المجموعة المقترنة بالعدد ولم ينص على المتتابع[1].

رأي الشيخ محمد ابو زهرة :

اما استاذنا فضيلة الشيخ محمد ابو زهرة فيقول [2] :

اننا بلا شك لو فسرنا القانون تفسيرا لفظياً ظاهرياً ، فلا نتجاوز الظاهر في التفسير لقلنا ان هذا النوع من الطلاق يطبق فيه مذهب ابي حنيفة ، فتطلق المدخول بها بالعدد الذي تتابع الطلاق به . ولكن القوانين لا تفسر بظواهر الفاظها فقط ، بل تفسر بأغراضها ، ومذكراتها الايضاحية ، ومصدرها التاريخي

---

(١) فرق الزواج ص ٤٨ .

(١) الاحوال الشخصية محمد ابو زهره ص ٣٠٤-٣٠٦ .

والفكرة العلمية التي انبعث منها نظر الذين قالوها ... الى ان يقول : لهذا كله نرى أنه بعد صدور قانون ١٩٢٩ صار الطلاق المتتابع في مجلس واحد والطلاق الموصوف بالعدد طلقة واحدة .

وقد اورد استاذنا الجليل اربع حجج لدعم رأيه ملخصها :

١ – ان غرض القانون القضاء على جمع الطلقات ولا فرق في هذا بين جمعها بكلمة واحدة او بكلمات متتابعة .

٢ – ان المذكرة الايضاحية اعتبرت الطلاق المتكرر كالطلاق المقترن بالعدد

٣ – ان المصدر التاريخي لهذه المادة من القانون يوضح ذلك فان الفقهاء الذين قرروا ان الطلاق الثلاث يقع واحدة هم الذين قرروا ان الطلاق المتتابع في مجلس واحد لا يقع الا واحدة .

٤ – وان الذين قالوا بوقوع الثلاث واحدة استدلوا لرأيهم بحديث ركانه وفيه انه طلق زوجته ثلاثاً في مجلس واحد فسأله رسول الله كيف طلقتها ثلاثاً فقال في مجلس واحد قال نعم . ففي هذا الحديث اعتبر النبي ﷺ الطلاق ثلاثاً في مجلس واحد على سبيل التتابع واحدة .

هذا ما اورده استاذنا الجليل وهي من اقوى الحجج ومع هذا فلنا في هذا الموضوع كلام سوف نبديه ونحن نتكلم في الاجتهاد القضائي .

راي فضيلة الشيخ عبد الرحمن تاج :

يقول فضيلة الاستاذ الشيخ عبد الرحمن تاج[1] :

« ثم ما حال الطلاق الذي تكرر صيغته تمام ثلاث مرات ؟ .. قد فات واضعي مشروع تلك المادة ان ينصوا على حكمه . واغلب الظن أنهم كانوا يريدون التسوية بينه وبين الطلاق المقترن بعدد الثلاث ؟ فيكون الواقع به

---

(٢) الاحوال الشخصية . عبد الرحمن تاج ص ٣١٤ .

ايضاً طلقة واحدة . ولكن هل يؤخذ في ذلك بالقصد او باللفظ ؟. . . وهل يكفي القصد فى انشاء قانون يعتبر حكماً استثنائيا لهذه المادة ، فيقاس على ما ورد فيها غيره ، مع انها قد جاءت على خلاف ما كان عليه الامر في المحاكم وعلى خلاف الحكم عند ائمة المذاهب الاربعة ومن قبلهم من الصحابة والتابعين ؟.. ليس على القاضي تبعة اذا هو اقتصر في تطبيق المادة الثالثة من القانون على مانصت عليه صراحة وهو الطلاق المقترن بعدد لفظاً او اشارة ، ثم اتبع في الطلاق المتكرر حكم المذهب الذي كان عليه العمل قبل انشاء هذه المادة.»

. . .

الاجتهاد القضائي في الطلاق المتتابع :

اختلف الاجتهاد القضائي في البلاد العربية حول الطلاق المتتابع هل يلحق بالطلاق المقترن بعدد كما جاء في المذكرة الايضاحية ويعطى حكمه ام انه حكم مسكوت عنه يرجع فيه الى المذهب الذي اشار القانون بالرجوع اليه حال عدم وجود نص .

في حكم لمحكمة المنيا في الجمهورية العربية المتحدة يشير الى ان الطلاق المتعدد لفظاً او اشارة يعتبر طلاقاً واحداً ، ومثله المكرر في مجلس واحد [1].

وقد استقر رأي الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية على اعتبار الطلاق المتتابع والطلقات المجموعة تقع واحدة. فقد جاء في قرار رقم ١٤١ تاريخ ١٩٥٨/٤/١٤ . **ان الطلاق الموصوف بعدد والذي تكرر لفظه يعتبر طلاقاً واحداً رجعياً.**

وفي حكم للمحكمة الشرعية خالفت ذلك وأصرت على رأيها فكان الأمر

---

(١) محكمة المنيا الشرعية ١٤ ربيع الاول ١٣٥٤ ١٥ يونيه ١٩٣٥ المحاماة الشرعية س٧ ع٤ ص ٤٩٢ .

ان صدر قرار من الهيئة العامة في قرار رقم ١٣٢ تاريخ ١٩٥٧/٤/١١، لمحكمة النقض وقررت فيه :

«ان المشرع لم يشرع ايقاع الطلاق دفعة واحدة وانما على دفعات تتخللها تجربة الزوجين حياة الطلاق . وعليه فان لفظ الطلاق المتكرر في المجلس قبل المرور بدور التجربة لحياة الطلاق هو طلاق واحد غير متعدد».

ونلاحظ ان ما استقرت عليه الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية هو رأي فضيلة استاذنا الجليل الشيخ محمد ابوزهرة من ان الطلاق المتكرر المتتابع كالطلاق المقترن بعدد لايقع الا واحدة .

وقد جاء في الاسباب الموجبة لهذا الحكم : —

لما كانت المادة ٩٢ من قانون الاحوال الشخصية نصت على ان الطلاق المقترن بعدد لفظاً او اشارة لايقع الا واحدة ، ولما كان هذا النص وان كان اقرب للدلالة على قصد الطلاق المقرون باسم العدد فانه غير بعيد الدلالة على لفظ الطلاق المكرر الواحد تلو الآخر لما بين القولين من تشابه في المعنى والقصد والغاية . ولما كان من الواجب حين تطبيق النصوص الرجوع في تفهم معانيها الى قصد واضعها حين وضعها واقوى مرجع في ذلك هو ما اصطلح عليه المشرعون بتدوين الاسباب الموجبة في جانب القانون . ولما كان من الرجوع الى الفقرة ٧ من الاسباب الموجبة لقانون الاحوال الشخصية يرى ان الشارع لاحظ في وضع المادة المذكورة ان الطلاق لم يشرع ايقاعه ، دفعة واحدة وانما شرع ليوقع على دفعات تتخللها تجربة الزوجين حياة الطلاق ، وقد احسن صنعاً في استشهاده على صحة ما ذهب اليه بالآية الكريمة : «الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان» . فكانت فصل الخطاب في الموضوع .

ولما كان القاضي قد اوجد نفسه في نطاق ضيق من التفسير والتأويل وذهب في تطبيق نص القانون مذهباً حرفيا أوصله اي التفريق في الحكم بين الحالتين المتماثلتين ، وهو ما تأباه قواعد التشريع والمصلحة في تطبيقه وأهمل فوق ذلك

الرجوع الى الاسباب الموجبة للقانون اهمالاً كلياً، مع انها بحكم الجزء منه والتفسير الرسمي له يرجع اليها كلما دعت الحاجة لتفهم غاية النص وقصد واضعه، وكان على القاضي اعتبار لفظ الطلاق المتكرر في المجلس قبل المرور بدور التجربة لحياة الطلاق طلاقاً واحد غير متعدد، كان سيره في معالجة القضية على هذا النهج واعتبار هذا الطلاق المكرر طلاقاً متعدداً منتجا بينونة كبرى اصراراً على رأيه الاول في غير محله وكان قراره مستوجب النقض لخطأ وتفسير القانون ».

لذلك : قررت الهيئة العامة نقض الحكم الاصراري المميز.

راينا في الطلاق المتتابع :

نقد قرار الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية ورأي فضيلة استاذنا الشيخ محمد ابوزهرة في ان الطلاق الثلاث المتتابع المتكرر حكمه حكم الطلاق المقترن بعدد لايقع الا واحدة.

من الاسباب الموجبة لقرار الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية ومن الحجج القوية التي ساقها فضيلة استاذنا الجليل الشيخ محمد ابو زهرة لدعم رأيه في ان الطلاق الثلاث المتكرر في مجلس واحد حكمه حكم الطلاق المقترن بعدد لايقع الا واحدة، يمكن ان نلخصها جميعا بوجوب الرجوع الى المذكرة الايضاحية للقانون التي يفهم منها عدم التفرقة بين الحالين.

وقد ناقشت استاذي فضيلة الشيخ محمد ابوزهرة وانا اكتب هذا الموضوع فتفضل واضاف الى حججه السابقة حجة جديدة وهي ان الطلاق المتكرر يأخذ حكم الطلاق المقترن بالعدد عن طريق القياس.

وبهذا اصبح لدينا حجتان : —

١) الرجوع الى المذكرة الايضاحية حيث تشير الى عدم التفرقة بين الحالين.

٢) او عن طريق القياس على النص نحكم بوقوع المتتابع طلقة واحدة.

وجوابنا على ذلك :

ان شراح القانون المدني يرجعون الى المذكرة الايضاحية في حالات عدة أهمها حالة غموض النص او نقص فيه ، فنرجع الى المذكرة الايضاحيـة لتفسير الغموض أو لسد النقص[1] .

اما موضوعنا هذا فأي غموض في نص يقول : الطلاق المقترن بعدد لايقع الا واحدة .

واما في حال النقص فالأمر يختلف في القانون المدني عنه في قانون الاحوال الشخصية لان لدينا نص صريح في المادة ٣٠٥ من القانون السوري والمادة ٢٨٠ من القانون المصري رقم ٣١ لسنة ١٩١٠ يقول : انه في حال عدم وجود نص يرجع الى الراجح من مذهب ابي حنيفة فالأمر اذن واضح ايضاً لايحتاج الى وضوح وتام ايضاً ليس فيه نقص .

وأما القياس فلا نلجأ ايضاً للقياس في هذه الحالة لانه لم تتوافر شروطه . نحن نرجع الى القياس في حالة عدم وجود حكم على مسألة ووجود ما يشابهها فنقيسها بجامع العلة بينهما اما هنا فلدينا حكم منصوص عنه في القانون وحكم آخر منصوص عنه في المذهب الحنفي فكيف نعمل القياس[2] .

---

(١) جاء في اصول القانون للدكتور السنهوري والدكتور ابو ستيت ص ٢٤٩ والاعمال التحضيرية هي مجموعة المذكرات التفسيرية ومناقشات المجالس التشريعية ومحاضر جلسات هذه المجالس واعمال اللجان التي تقترن عادة بالتشريعات عند تحضيرها . وقد تكون للاعمال التحضيرية قيمة كبيرة في تعرف نية المشرع وتفسير الالفاظ المبهمة التي وردت في التشريع وازالة التناقض الظاهري وتكميل الناقص ، فيلجأ اليها المفسر ليسترشد بها في التفسير . على انه مها يكن من قيمة الاعمال التحضيرية فانها لا تعتبر جزءاً من التشريع ، بل هي شيء خارج عنه يجوز فيه الخطأ .

(٢) القياس هو : الحاق أمر بآخر في الحكم الشرعي لاتحاد بينهما في العلة . والقياس من المصادر الشرعية بعد الكتاب والسنة والاجماع المدخل الفقهي للاستاذ مصطفى الزرقا ص ١٩ .

وبعبارة اخرى ان لدينا القانون يقول : الطلاق المقترن بعدد لا يقع الا واحدة .

والمذهب الحنفي الذي اوجب القانون الرجوع إليه في حال عدم وجود نص يقول : ان الطلاق الثلاث المتكرر يقع ثلاث طلقات .

ولهذا فاني أرى انه تفسيراً للقانون لايجوز القياس ولا الرجوع الى المذكرة الايضاحية . لان القانون اقوى من المذكرة الايضاحية التي تأتي بالدرجة الثانية أما النص فصريح على حكم الطلاق المقترن بالعدد كما انه صريح بالاحالة الى المذهب الحنفي في حال عدم وجود نص .

ولا داعي ان اقول انني اخالف وقوع الطلقات الثلاث مجموعة او متفرقة فقد سبق وأبديت رأيي صريحاً مدعماً بالحجج والادلة. الا اننا ونحن نفسر القانون نلتزم بما جاء فيه .

ولهذا فاني اقترح تعديل هذه المادة وجعلها صريحة في ان الطلاق المقترن والمتتابع لايقع به الا طلقة واحدة .

• • •

وبعد فهذا ما اطلعت عليه فقدمته في مبحث الطلاق الثلاث دعاني الى الاطالة فيه قليلاً ما وجدته من خلاف فقهي قديم لاتزال آثاره في مؤلفاتنا الفقهية المعاصرة . هذا فضلاً عما يلمسه القارىء اثناء قراءته هذا البحث من تصحيح كثير من الأخطاء العلمية المتداولة .

وفي سبيل الوصول الى ذلك فقد رجعت الى القرآن الكريم والسنة النبوية باعتبارهما المرجع لجميع آراء الفقهاء من مختلف المذاهب ثم الى اكبر مجموعة من كتب الأصول والفقه في سائر المذاهب الاسلامية .

واستطيع أن الخص بعض النتائج التي توصلت اليها في هذا البحث بالأمور التالية :

١ - تحرير مذهب الشيعة الجعفرية الذي اضطرب النقل عنه قديماً وحديثاً في موضوع الطلاق الثلاث وذلك بالرجوع الى معظم كتب التفسير والحديث والفقه من مطبوع ومخطوط .

٢ - تصحيح ماينقل عن مذهب الزيدية في ان الطلاق الثلاث يقع ثلاث طلقات . وبيان ان المذهب على أن الطلاق لايقع إلا واحدة .

٣ - مناقشة جميع الادلة التي ساقها الجمهور ومخالفوهم دليلاً دليلاً مع بيان رأيي في كل دليل رجحته وبيان وجه هذا الترجيح .

٤ - الرد على مختلف الآراء التي عارضت مذهب وقوع الطلاق الثلاث طلقة واحدة رداً علمياً هادئاً مقنعاً ليس فيه روح التعصب ولا الجمود بل السير وراء الدليل اينما كان ، وذلك استناداً الى مصادر الحديث النبوي الصحيح من مختلف الكتب الصحيحة . وبهذا صححت كثيراً من النقول في مختلف كتب الفقه القديمة منها والحديثة .

٥ - ثم تكلمت عن اجتهاد عمر رضي الله عنه وبررت ذلك بأمثلة كثيرة اجتهد فيها تتعلق بأمور الرعية وذلك من قبيل السياسية الشرعية التي يمارسها

ولي الأمر في المسلمين وانها تتبع المصلحة حسب كل زمن .

٦ – وأخيراً نقلت ماذهبت اليه قوانين الاحوال الشخصية في البلادالعربية في هذا الموضوع وابديت ملاحظات حول النصوص التي تتعلق بالطلاق الثلاث .

٧ – وفي تفسير القانون انتقدت ما ذهب اليه بعض الشراح وما أخذت به محكمة النقض السورية من ان الطلاق المتتابع يقع طلقه واحدة رجعية ، لأن المذكرة الايضاحية لا تقوى على سد نقص القانون بعد ان أحال المشرع الى المذهب الحنفي في هذه الحالة :

٨ – ولهذا فقد اقترحت تعديل القانون بحيث ينص على ان الطلاق المتتابع والمتعدد لايقع إلا واحدة .

والخلاصة : هذا بعض ماتوصلت اليه في هذا البحث ، وقد حاولت جهدي ان اختصر ولكني وجدت نفسي ازاء نقص واضح في كل ما يختصر ، ولا ادعي اذا قلت ان هذا الموضوع الذي يقيد حرية الزوج في الطلاق ويحافظ على الاسرة ووحدتها **ويجعل رباط الزوجية أقوى من أن يحل بكلمة واحدة فتبين الزوجة بينونة كبرى** ، لم يبحث حتى الآن – رغم كل ماكتب فيه – بحثاً مقارناً يجمع فيه بين اراء المذاهب المختلفة وردها الى اصولها من القرآن والسنه ، فضلاً عن وضعها في موضعها الملائم وفهمها الفهم الصحيح ضمن دائرة نظام الطلاق بمبادئه العامة وروحه التي تجعل الطلاق آخر مرحلة من مراحل الزوجية بعد محاولة كل من الزوجين الابقاء على كيانها ، وان الاصل في الطلاق هو انه رجعي فلايملك الزوج ان يجعله بائناً فكيف يملك حق الطلقات الثلاث .

اذا كان الشارع لايعطي الزوج الحق في جعل الطلاق الرجعي طلاقاً بائناً بينونة صغرى فكيف نجيز له الطلاق الثلاث فتبين زوجته بينونة كبرى ؟..

الباب الثاني

الطلاق بالارادة المنفردة

وهو يتضمن :

الفصل الأول : الصيغة التي يقع بها الطلاق .

الفصل الثاني : القصد .

الفصل الثالث : المطلق .

الفصل الرابع : المطلقة .

الفصل الخامس : الاشهاد .

من التعريف الذي وضعناه للطلاق بانه « الصيغة الدالة على انهاء الحياة الزوجية في الحال او المآل الصادرة من اهله في محله قاصداً لمعناه امام شهود ، نرى انه لابد في كل طلاق من خمسة اركان سوف نبحثها في هذا الباب في خمسة فصول [1] » .

الفصل الأول

الصيغة [2]

الفرع الأول

الصريح والكناية

لكل تصرف قولي في الشرع لفظ يدل عليه ولا بد في الفرقة بين الزوجين من لفظ يعرف به قصد الزوج وعزمه على الطلاق ، او مايقوم مقامه .

وما يقع بـــه الطلاق قد يكون لفظـاً صريحاً لا يحتمل معنى سواه

---

(١) ركن الطلاق عند الاحناف هو اللفظ الدال عليه بخلاف بقية المذاهب التي تعتبر العاقدين والصيغة والمحل اركاناً في الطلاق . وقد اتجهنا الى ماذهب اليه الجمهور في تعداد اركان الطلاق . ووجهة نظر الاحناف انه لابد في كل لفظ من عاقد وصيغة ومحل ولهذا قالوا هو اللفظ الدال عليه.

(٢) سوف نقتصر في بحث الصيغة على أهم النقط التي لها علاقة بموضوع بحثنا دون تفصيل في طرق التعبير عن الارادة وفي شروط التعليق والاضافة اللهم مانلقى به ضوءاً على هذه الابحاث بصورة موجزة وللقارىء ان يتوسع في هذا ان شاء في مصادر اخرى .

لانه وضع في اللغة او الشرع لهذا الغرض . وقد يكون لفظاً جرى به العرف واشتهر بين الناس على ان المراد منه الفرقة بين الزوجين وهو مما يحتمل معنى الطلاق ومعان اخرى .

وقد اختلف الفقهاء في هذا اللفظ الذي يقع به الطلاق فبعضهم قصره على اللفظ الصريح وجمهورهم قال يقع بألفاظ الكناية ايضاً اذا قامت النية او ما يقوم مقامها قرينة على المراد من اللفظ الكنائي .

كما يقع الطلاق ايضاً بما ينوب عن اللفظ كالكتابة او الاشارة في احوال خاصة سوف ندرسها بعد قليل .

* * *

١) اللفظ الصريح الذي يقع به الطلاق :

لا خلاف بين الفقهاء ان من قال لزوجته انت طالق ونوى الطلاق طلقت زوجته لانه لفظ صريح يدل على وقوع الطـلاق . ولكن الفقهاء اختلفوا في حصر اللفظ الصريح بهذه الكلمة ــ انت طالق ــ وما اشتق منها ام ان الصريح يشمل الفاظاً اخرى غير هذه الكلمة ؟..

وسنذكر آراء المذاهب في هذا الموضوع .

الجعفرية ــ قال الجعفرية : لا يقع الطلاق الا بلفظ طالق فاذا قال الزوج لزوجته : انت طالق ، او فلانة طالق او هذه طالق ، طلقت زوجته اذا قصد ذلك اما بغير هذا اللفظ فلا يقع الطلاق .

جاء في المختصر النافع [١] ــ ويقتصر على طالق تحصيلا لموضع الاتفاق .

وقـد نقل صاحب الجواهر عن الـكافي [٢] : عن الحسن بن سماعه : ليس

---

(١) المختصر النافع ص ٢٢٠.

(٢) جواهر الكلام ص ٥/٢٨٣ .

الطلاق الا كما روى بكير بن اعين : ان يقول لها وهي طاهر من غير جماع انت طالق ويشهد شاهدين عدلين وكل ما سوى ذلك فهو ملغى .

ونقل ايضاً عن الانتصار: واجماع الامامية على ذلك. فلو قال انت الطالق او طلاق او من المطلقات لم يكن شيئاً ولو نوى به الطلاق بلا خلاف اجده فيه.

وحجة الجعفرية في حصرهم الفرقة بين الزوجين بلفظ: انت طالق، ان النكاح عصمة مستفادة من الشرع لا تقبل التقايل ضرورة فيقف وضعها على موضع الاذن منه فقط . واما غير هذا اللفظ فلم يرد عن الشارع اذن به فلا يصح .

الظاهرية :

قال الظاهرية : يقع الطلاق بأحد الفاظ ثلاثة : الطلاق ، السراح ، الفراق، وما اشتق منها اذا نوى بذلك الطلاق .

اما اذا لم ينو الطلاق فان كانت الصيغة بلفظ الطلاق صدق في الفتيا ولم يصدق في القضاء . واما ان كانت الصيغة بلفظ السراح او الفراق فيصدق في الفتيا والقضاء .

جاء في المحلى[1]: «لا يقع طلاق الا بلفظ من احد ثلاثة الفاظ : اما الطلاق واما السراح واما الفراق . .

هذا كله اذا نوى به الطلاق فان قال في شيء من ذلك كله لم أنو الطلاق صدق في الفتيا ولم يصدق في القضاء في الطلاق وما تصرف منه .وصدق في سائر ذلك في القضاء ايضاً . »

وحجة ابن حزم فيما ذهب اليه : ان القرآن الكريم لم يذكر الفرقة بين الزوجين الا بهذه الالفاظ الثلاثة فقال تعالى:«وللمطلقات متاع بالمعروف» . «وسرحوهن سراحاً جميلا» «فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف» .

وقد علل ابن حزم التفرقة بين هذه الالفاظ من حيث احكام القضاء بأن لفظ الطلاق لا يحتمل معنى آخر اما بقية الالفاظ فتحتمل الطلاق وغيره .

---

(١) المحلى ١٠/١٨٩ .

الشافعية :

ان اللفظ الصريح عند الشافعية هو لفظ الطـلاق وما اشتق منه فإذا قال الزوج لزوجته أنت طالق او أنت مطلقة طلقت ولو لم ينو الطلاق دون خلاف في المذهب .

والمشهور عندهم ايضاً أن لفظ الفراق والسراح من الألفاظ الصريحة التي لا تحتاج الى نية .

جاء في مغنى المحتاج[1]: « يقع الطلاق بالصريح وهو ما لا يحتمل غير الطلاق بلا نية ولو قال لم أنو به الطلاق لم يقبل .

وأما الفراق والسراح فالمشهور انهما من الألفاظ الصريحة لورودها في القرآن . »

الحنابلة :

قال الحنابلة : أن صريح الطلاق هو لفظ الطلاق وما اشتق منه .

وقد وقع اضطراب في نقل المذهب في هذا الموضوع مما سبب عنه خطأ في تحرير هذا المذهب في الصريح من ألفاظ الطلاق فقد ذكر الخرقي في مختصره: ان الصريح ثلاثة ألفاظ : الطلاق والسراح والفراق . فجاء ابن قدامة فرجح ان الصريح هو لفظ الطـلاق وما اشتق منه فقط دون ان يبين ان ما رجحه هو المذهب .

غير اني رجعت الى كتب اخرى فوجدت المذهب ينص على ان الصريح هو لفظ الطلاق فقط وما اشتق منه .

قال الخرقي[2] : « والصريح ثلاثة ألفاظ : الطلاق والفراق والسراح وما تصرف منهن » .

---

(١) مغني المحتاج ٣/٢٨٠ .

(٢) المغني ٨/٢٦٤ .

وقال ابن قدامه[1] : ان الصريح في الشيء ما كان نصاً فيه لا يحتمل غيره إلا احتمالا بعيداً . ولفظة الفراق والسراح ان وردا في القرآن بمعنى الفرقة بين الزوجين فقد وردا لغير ذلك المعنى وفي العرف كثيراً .

ولهذا جاء في المقنع وهو من مؤلفات ابن قدامه : وصريحه : لفظ الطلاق وما يتصرف منه فمتى اتى بصريح الطلاق وقع نواه او لم ينوه .

وقال صاحب الانصاف في شرحه على المقنع عقب ذلك - وهذا المذهب. وعليه أكثر الأصحاب[2] .

وجاء في المحرر مثل ذلك[3]: «وصريحه لفظ الطلاق وما تصرف منه لا غير[4]».

المالكية :

وكذلك فالصريح عند المالكية هو لفظ الطلاق وما اشتق منه فقط .

جاء في بداية المجتهد[5] قال مالك وأصحابه : الصريح هو لفظ الطلاق فقط.

الأحناف والزيدية :

ذهب الاحناف والزيدية الى ان كل لفظ لا يستعمل إلا في حل عقدة الزوجية فهو صريح في الطلاق .

جاء في مجمع الأنهر[6] : «صريح الطلاق ما استعمل فيه خاصة ولا يحتاج الى نية لأن الصريح موضوع للطلاق شرعاً فكان حقيقة فيه » .

وعرفه الزيلعي[7]: «بانه ما ظهر المراد منه ظهوراً بيناً حتى صار مكشوف

---

(١) المغني ٢٦٤/٨ .

(٢) الانصاف ٤٦٢/٨ .

(٣) المحرر ٥٣/٢ .

(٤) ينقل كثير من الكتاب على ان لفظ الطلاق صريح فيه عند الحنابلة رواية عن الامام احمد وسبب هذا الخطأ هو ماذهب اليه الخرقي حيث لم يبين رأي المذهب . راجع فرق الزواج للاستاذ الشيخ علي الخفيف ص ٩٨ ومذكرات الاستاذ الشيخ محمد الزفزاف ص ١٠٩ .

(٥) بداية المجتهد ٥٤/٢

(٦) مجمع الانهر ٣٨٦/١

(٧) تبيين الحقائق للزيلعي ١٩٠/٢ .

المراد بحيث يسبق الى فهم السامع بمجرد السماع حقيقة كان او مجازاً » .

وفي التاج المذهب[1]: « والصريح : لا يعتبر فيه إلا ان يكون المطلق قد قصد ايقاع اللفظ في الطلاق باللفظ الصريح بأن ينطق به عالماً معناه ... وان لم يقصد معناه فيقع الطلاق بقصد اللفظ مع علمه بأن هذا اللفظ موضوع للطلاق . »

. . .

حكم الطلاق الصريح : وأما حكم الطلاق بلفظ صريح هل هو بائن أم رجعي فما قلناه في مبحث أنواع الطلاق نقوله هنا وهو أن الأصل في الطلاق أنه رجعي الا في حالات يكون فيها الطلاق بائناً[2] .

الطلاق بلفظ الكناية :

أن الأصل في التعبير عن إرادة المطلق ان يكون بلفظ صريح لا يحتمل غير معنى الطلاق . ولكن قد يعبر المطلق عن ارادته بلفظ غير صريح ولكنه عرف واشتهر بين الناس على ان المراد منه الطلاق وهذا ما سماه الفقهاء بلفظ الكناية .

فلفظ الكناية هو اللفظ الذي يحتمل معنى الطلاق ومعان اخرى ، وتعتبر النية قرينة على ارادة معنى الطلاق . فلو قال الزوج لزوجته انت بائن فهذا لفظ يحتمل معنى الفراق والفراق أعم من الطلاق فيحتمل انه اراد مفارقة الاهل ، ومعنى ذلك انت مفارقة لأهلك ويحتمل مفارقتها اياه من الزوجية فإذا نوى المعنى الأول لا شيء عليه وان نوى الثاني وقع الطلاق .

وقد ذهب جمهور الفقهاء الى ان الطلاق يقع بلفظ الكناية اذا نوى الزوج الطلاق.

وقالت بعض المذاهب : لا يقع بلفظ الكناية طلاق .

---

(١) التاج المذهب ١١٩/٢ .

(٢) راجع مبحث انواع الطلاق .

مذهب الجعفرية والظاهرية :

قال الجعفرية والظاهرية ان الطلاق لا يقع بلفظ الكناية وقد سبق وذكرنا ان الطلاق لدى الجعفرية لا يقع الا بلفظ طالق . والظاهرية لا يقع عندهم الا بأحد ألفاظ ثلاثة – الطلاق او السراح او الفراق .

وعلى ذلك فلو قال الزوج لزوجته انت بائن او انت خلية ونوى الطلاق لا يقع بهذا شيء .

جاء في جواهر الكلام[1] : «لا يقع الطلاق بالكناية عندنا التي هي اللفظ المحتمل للطلاق وغيره وان اريد به بلا خلاف اجده » .

وفي المحلى[2] : «ومن قال لأمرأته أنت عليَّ حرام أو زاد على ذلك ... فهو كله باطل و كذب ولا تكون بذلك عليه حراماً وهي أمرأته – كما كان نوى بذلك طلاقاً او لم ينو » .

ولا شك في ان حصر الفاظ الطلاق بأقل عدد ممكن هو اقرب للمصلحة حيث فيه تضييق من نطاق دائرة الطلاق . ولكن ما القول في لفظ اشتهر بين الناس وشاع عرفاً بان المراد منه الطلاق سوى تلك الالفاظ التي حددها المذهبان الجعفري والظاهري . فلفظ انت بائنة اذا كان معروفاً في جميع الأوساط بأن من تلفظ به انما يعبر عن ارادته بالتطليق وفهمته الزوجة ونوى به الطلاق فأي فرق بين هذا اللفظ ولفظ انت طالق اذ أن كلا منهما يؤدي نفس الغرض حيث يعبر عن قصد المطلق بالتطليق .

ويبدو لي ان سبب عدم الاعتداد بلفظ الكناية لدى هذين المذهبين هو اشتراطهم الاشهاد حين الطلاق فلا يقع طلاق الزوج الا امام شاهدين يسمعان ايقاع الطلاق مع فهم معناه فلفظ الكناية لا يعرف الا من النية لاحتماله معان اخرى اذ كيف تصح الشهادة على نية المطلق ؟..

---

(١) جواهر الكلام ٥/٢٨٣ .

(٢) المحلى ١٠/١٢٤ .

وفي هذا المعنى يقول ابن تيمية[١] : «وأما النكاح ... فلا ينعقد الا بلفظ الإنكاح والتزويج بناء على انه لا ينعقد بالكناية لانها تفتقر الى نيه والشهادة شرط في صحة النكاح والشهادة على النية غير ممكنة.»

. . .

مذهب الشافعية : يقع الطلاق بلفظ الكناية عند الشافعية اذا نوى به الطلاق إذ لا بد من النية ولا يقوم مقام النية دلالة الحال.

جاء في نهاية المحتاج[٢]: «ويقع (الطلاق) بكناية وهي ما احتمل الطلاق وغيره بنية لايقاعه ومع قصد حروفه ايضاً، فلو لم ينو لم يقع بالاجماع وان اقترن بها قرينة ظاهرة كأنت بائن بينونة محرمة لا تحلين لي ابداً.»

والفاظ الكناية كثيرة : انت خليه، بريه، بتة، بائن، الحقى باهلك، اعتدي[٣].

مذهب الزيدية : والى هذا ذهب الزيدية وقالوا لايقع طلاق بلفظ الكناية الا مع النية.

جاء في التاج المذهب[٤]: «واما الكناية باللفظ فهي غير منحصرة بل كل لفظ يحتمل الطلاق فانه يقع به اذا اريد به الطلاق».

مذهب الحنابلة : ومذهب الحنابلة ان الطلاق يقع بلفظ الكناية مع النية، مقام النية دلالة الحال كما لو كان الزوجان في حال خصومه وغضب او ذكر للطلاق فاذا قال لها انت خليه وكان في حال مذاكرة للطلاق مع زوجته وقع

---

(١) فتاوى ابن تيمية ٣/٢٦٩.

(٢) نهاية المحتاج ٦/٦٨.

(٣) مغنى المحتاج ٣/٢٨٠.

(٤) التاج المذهب ٢/١٢٢.

الطلاق فان ادعى انه لم يقصد الطلاق قبل ذلك منه وفي رواية لا يقبل منه قضاء ويقبل ديانة [1] .

جاء في المحرر [2] : « ولا يقع الطلاق بكناية الابنية تقارن اول اللفظ ... فان كانا في حال خصومة وغضب او ذكر للطلاق ، وقال : لم ارد بها الطلاق قبل منه ، وعنه (الامام احمد) لا يقبل في الحكم خاصه . »

مذهب المالكية : والكناية عند المالكية قسمان : ظاهرة وخفية . فالكناية الظاهرة يقع بها الطلاق بدون نية وهي لفظان : انت بته ، وحبلك على غاربك . وأما الكناية الخفية فلا يقع بها الطلاق الا بالنية وألفاظها كثيرة منها : اعتدي ، اذهبي ، الحقي بأهلك ، انصرفي .

قال الدرديري في الشرح الكبير [3] : « من اركان الطلاق القصد » اي قصد النطق باللفظ الصريح والكناية الظاهرة ولو لم يقصد حل العصمة وقصد حلها في الكناية الخفية . »

وفي حاشية العدوى [4] : « المراد قصد النطق باللفظ الدال عليه في الصريح والكناية الظاهرة وان لم يقصد مدلوله وهو حل العصمة ، وقصد حلها في الكناية الخفية [5] . »

---

(١) ويقسم الحنابلة الفاظ الكناية الى ظاهرة وخفية فالالفاظ الظاهرة : انت خليه ، وبريه ، وبائن ، وبته . وانت حرة . والخفية : نحو اخرجي ، واذهبي ، وذوقي ، وتجرعي واعتدي واستبرئي . ونحو ذلك .

(٢) المحرر ٢/٥٤ .

(٣) الشرح الكبير للدرديري ٢/٣٢٧ .

(٤) شرح الخرشي ٣/١٧١ .

(٥) ينقل معظم المؤلفين على ان الطلاق بلفظ الكناية لا يقع الا بالنية لدى المالكية راجع فرق الزواج للشيخ علي الخفيف ص ١٠٣ فقه القرآن والسنة للشيخ محمد الزفزاف =

مذهب الاحناف :

ويقع الطلاق بلفظ الكناية عند الاحناف اذا نوى به الطلاق او قامت دلالة الحال مقام النية في ذلك فان ادعى خلاف ذلك صدق ديانة .

جاء في مجمع الانهر[1] : « لايقع الطلاق بالكنايات قضاء الا بنية الزوج او دلالة الحال لانها غير موضوعة للطلاق بل موضوعة لما هو اعم.
والمراد بدلالة الحال ، الحالة الظاهرة المفيدة المقصودة » .

حكم الطلاق بلفظ الكناية :

قال الشافعية وجمهور الزيدية[2] : يقع الطلاق بلفظ الكناية رجعياً ويجوز للزوج مراجعة زوجته ان طلقها بلفظ الكناية مدامت في العدة اذا لم يكن قبل الدخول أو على مال او مكملا للثلاث .

وقال الاحناف وبعض الزيدية والحنابلة والمالكية : ان بعض الفاظ الكناية يقع بها الطلاق رجعياً وبعض الألفاظ الأخرى يقع بها الطلاق بائناً . وقد اختلفت هذه المذاهب في تعداد هذه الالفاظ ، مايكون منها بائناً ومايكون رجعياً
فالألفاظ التي يقع بها الطلاق رجعياً عند الاحناف هي ثلاثة : استبرىء

= الزفزاف ١١٥ الفرقة والزواج للدكتور مدكور ١٧٥ – والتحقيق ماذكرناه .
وجاء في بداية المجتهد ايضاً ٤٦/٢ ومذهب مالك انه اذا ادعى في الكناية الظاهرة انه لم يرد طلاقا لم يقبل قوله الا ان تكون هنالك قرينة تدل على ذلك .

(١) مجمع الانهر ٤٠٢/١ .

(٢) جاء في الروض النضير ١٤٨/٤ ونقل في البحر عن العترة جميعاً ان الكنايات كالصريح في انقسامها الى رجعي وبائن اذا لم يفصل الدليل . ويعني بالبائن : ان يكون قبل الدخول او ثالثه اوعلى عوض .

رحمك. اعتدي . انت واحدة . وما عدا ذلك فهو بائن .

ومن الالفاظ التي يقع بها الطلاق بائناً عند الحنابلة : انت برية. انت بائن. انت خلية .

ماتراه في حكم الطلاق بلفظ الكناية :

والحق اننا لانجد مبرراً للتفرقة بين الصريح والكناية فما كان بائناً في لفظ صريح فيجب ان يكون بائناً في لفظ الكناية[1] ومن غير المعقول ان نعطي حكم الكناية البينونة مع ان حكم اللفظ الصريح انه طلاق رجعي والمفروض ان الكنايه تنوب مناب اللفظ الصريح في التعبير عن ارادة المطلق.

كما يبدو لي ان حصر الالفاظ التي يقع بها الطلاق بأقل عدد ممكن هو اقرب للمصلحة في تضيق نطاق الطلاق .

واما الفقهاء الذين توسعوا في الالفاظ التي يقع بها الطلاق بلفظ الكناية الى حد يمكن القول معه انهم لم يتركوا لفظاً خطر في بالهم الا وذكروه على انه يصلح للتفريق كأن الشارع سهل امر الطلاق الى هذا الحد بحيث لو قال الزوج لزوجته اذهبي أو اقعدي كان لفظ كناية يقع به الطلاق ان نواه او قامت دلالة الحال مقام ذلك ، ان هذا المنحى يخالف روح نظام الطلاق الذي هو ابغض الحلال الى الله .

ولهذا فإني أميل الى رأي الظاهريه والجعفرية من حيث تقييد الالفاظ التي يقع بها الطلاق لا بالشكل الذي جاء في هذه المذاهب بل اقول بأن كل لفظ اشتهر وعرف بين الناس عامة على ان المراد منه الطلاق بحيث لايحتمل معنى آخر يقع به الطلاق وما دون ذلك لايقع به شيء .

ماجاء في القانون المصري : م ٤ كنايات الطلاق وهي ماتحتمل الطلاق وغيره لايقع بها الطلاق الا بالنية .

---

(١) الزيلعي ٢/٢١٦ المغني ٨/٢٦٩، بداية المجتهد ٢/٤٦

وفي القانون السوري م ٩٣ : يقع الطلاق بالالفاظ الصريحة فيه عرفادون حاجة الى نيه ، ويقع بالالفاظ الكنائية التي تحتمل معنى الطلاق وغيره بالنية.

ومن هذا يلاحظ ان القانونان استمدا هذه المواد من المذهب الشافعي .

. . .

مايقوم مقام اللفظ في التطليق :

الطلاق بالكناية . والطلاق بالاشارة .

هل يجوز الطلاق كتابة ؟... وهل يحتاج فيه المطلق الى النية ؟.. ثم هل تقوم الاشارة مقام اللفظ في الطلاق ؟...

قال الظاهرية والجعفرية : لايقع بالكتابة طلاق .

وقال الجمهور يقع الطلاق بالكتابة .

الظاهرية :

قال الظاهرية : لايقع الطلاق بالكتابة لان اسم الطلاق قد ورد في القرآن الكريم على اللفظ لاعلى الكتابة .

قال ابن حزم [1]: « ومن كتب الى امرأته بالطلاق فليس شيئاً » وقال : قال الله تعالى « الطلاق مرتان » وقال تعالى :« فطلقوهن لعدتهن »ولا يقع في اللغة التي خاطبنا الله تعالى بها ورسوله صلى الله عليـه وسلم اسم تطليق على ان يكتب انما يقع ذلك على اللفظ به فصح ان الكتاب ليس طلاقاً حتى يلفظ به اذ لم يوجب ذلك نص » .

الجعفريه :

وذهب الجعفرية الى أن الطلاق بالكتابة من الحاضر لايقع دون خلاف

---

(١) المحلى ١٠/١٩٧ .

وأما الكتابة من الغائب فلا يقع بها الطلاق على المعتمد المشهور عندهم .

جاء في جواهر الكلام [1] : « ولا يقع الطلاق بالكتابة من الحاضر وهو قادر على التلفظ قولا واحداً ، لما جاء في صحيح زرارة : قلت لأبي جعفر : رجل كتب بطلاق امرأته او بعتق غلامه ثم بداله فمحاه قال : ليس ذلك بطلاق ولا عتاق حتى يتكلم به . »

وفي السرائر [2] : قال شيخنا ابو جعفر [3] - في نهايته : فان كتب بيده انه طلق امرأته وهو حاضر ليس بغائب لم يقع الطلاق ، فان كان غائباً فكتب بيده ان فلانه طالق وقع الطلاق .

وقال محمد بن ادريس : « لا يقع الطلاق اذا كتب بخطه ان فلانه طالق وان كان غائباً بغير خلاف . لانا نراعي لفظا مخصوصا يتلفظ به المطلق ومن كتب فما تلفظ بغير خلاف والاصل بقاء العقد وثبوته ، ثم قال : وشيخنا ابوجعفر قد رجع عما قاله في نهايته . »

وقال صاحب تحرير الاحكام بعد ان ذكر رأي الطوسي السابق : « وليس ذلك بجيد » [4]

الطلاق بالاشارة :

وقال الجعفرية : يقع الطلاق بالاشارة من العاجز عن النطق لانها الوسيلة للتعبير عن ارادته .

في جواهر الكلام [5] : « ولا يقع بالاشارة قولا واحدا الا مع العجز عن

---

(١) جواهر الكلام ٥/٢٨٣
(٢) السرائر ٣٣٨
(٣) هو ابوجعفر الطوسي .
(٤) تحرير الاحكام ٢/٥٣ .
(٥) جواهر الكلام المصدر السابق .

النطق فيقع. لانه لا اشكال في انه يقع طلاق الاخرس وعقده وايقاعه بالاشارة الدالة على ذلك .

وفي الروضة البهية[1] : «وطلاق الاخرس بالاشارة المفهمة له .»

. . .

مذهب الجمهور :

وذهب جمهور الفقهاء الى ان الطلاق يقع بالكتابة المستبينة وهي التي تبقى بعد كتابتها ويمكن قرائتها[2] كما يقع باللفظ مع خلاف فيما بينهم في اشتراط النية في الكتابة او عدم اشتراطها وفيما اذا كانت الكتابة بالفاظ صريحة ام كانت بالفاظ كنائية . وهذه اراء المذاهب في الطلاق بالكتابة والاشارة .

الاحناف :

الكتابه المستبينة عند الاحناف قسمان : مستبينة غير مرسومة فالاولى كمن يكتب الى زوجته باسمها وعنوانها قائلا يا فلانة انت طالق. واما غير المرسومة فهي على خلاف ذلك كما لو كتب فلانة طالق او زوجتي طالق دون ان يوجه الكتابة اليها .

والفرق بين القسمين عندهم ان الكتابة المستبينة المرسومة ان كانت بالفاظ صريحة فلا تحتاج الى نية فلو ادعى انه لم ينو طلاقا لم يصدق . اما ان كانت بلفظ كناية فتحتاج الى النية . اما الكتابة غير المرسومة فتعتبر من الكنايات فلا يقع بها طلاق الا مع النية . سواء كانت بالفاظ صريحة ام بالفاظ كنائية فلو ادعى انه لم ينو طلاقا صدق في ذلك .

---

(١) الروضة البهيه ٢/١٤٧ .

(٢) أما الكتابة غير المستبينة فهي التي لايمكن قرامتها كمن يكتب في الهواء أو علي سطح الماء .

قال ابن عابدين [١] : « وان كانت مستبينة لكنها غير مرسومة ان نوى الطلاق يقع والا لا . وان كانت مرسومة يقع الطلاق نوى او لم ينو » .

وقال الاحناف يجوز طلاق الاخرس بالاشارة لانها الوسيلة للتعبير عن ارادة التطليق .

جاء في الهداية [٢] : « وطلاق الاخرس واقع بالاشارة لانها صارت معهودة فاقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة . ومن الطبيعي انه كما جازت اشارته للتعبير عن عزمه على الطلاق ان يصح طلاقه بالكتابة ان قدر عليها » .

قال ابن الهمام [٣] : « فاذا طلق الاخرس امرأته بالكتابة وهو يكتب جاز عليه من ذلك ما يجوز على الصحيح لانه عاجز عن الكلام قادر على الكتابة فهو والصحيح في الكتاب سواء » .

المالكية :

وذهب المالكية ان الزوج اذا كتب الى زوجته بطلاقها وهو عازم على ذلك يقع الطلاق بمجرد كتابته .

قال الخرشي [٤] : « ان الزوج اذا كتب الى زوجته او الى غيرها انه طلقها وهو عازم على ذلك فان الطلاق يقع عليه بمجرد فراغه من الكتابة » .

وقال المالكية أيضا يقع الطلاق بالاشارة المفهومة التي تدل على وقوع الطلاق سواء من الاخرس ام من السليم فان كانت الاشارة مفهومة لدى من يراها اعتبرت كالطلاق الصريح لا تحتاج الى نية والا كان لا بد من النية لايقاع الطلاق بها .

---

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٣٩/٢ .

(٢) الهداية مع الفتح ٢/٣ .

(٣) الفتح على الهداية نفس المصدر السابق .

(٤) الخرشي على خليل ١٨٩/٣ .

قال الخرشي[١] : « ولزم الطلاق بالاشارة المفهمة بأن احتف بها من القرائن ما يقطع من عاينها بأنه فهم منها الطلاق وهي كصريحة فلا تفتقر الى نية . وان لم يقطع من عاينها بذلك فهي كالكناية الخفية فلا بد فيها من النيـة وسواء في ذلك الاخرس والسليم » .

الحنابلة :

يصح الطلاق بالكتابة عند الحنابلة كما يصح بالاشارة ممن لا يقدر على النطق لان الكتابة والاشارة تقومان مقام اللفظ وتعبران عن عزم المطلق عن الطلاق.

قال ابن قدامة[٢] : « ولا يقع الطلاق بغير لفظ الطلاق إلا في موضعين : احدهما : من لا يقدر على الكلام كالأخرس اذا طلق بالاشارة طلقت زوجته... لانه لا طريق الى الطلاق الا بالاشارة فقامت اشارته مقام الكلام من غير نية كالنكاح . فأما القادر فلا يصح طلاقه بالاشارة كما لا يصح نكاحه بهـا ... ثانيهما : اذا كتب الطلاق فان نواه طلقت زوجته » .

ومما يفهم من كلام ابن قدامة انه اذا لم ينو بالكتابة الطلاق فلا يقع به شيء. ولكني وجدت ان الصحيح من المذهب ان الطلاق يقع بالكتابة من غير نية ـ فقد جاء في الانصاف في بحث الطلاق بالكتابة[٣] : « اما اذا لم ينو : يقع من غير نية وهو الصحيح من المذهب ... »

وفي المحرر[٤] : « ومن كتب طلاق زوجته ونواه ، او لم تكن له نية وقع ـ وعنه لا يقع الا بنية . اما ان نوى بالكتابة غير الطلاق فلا يقع به شيء » .

---

(١) الخرشي علي خليل ١٨٩/٣ .
(٢) المغنى ٤١٢/٨ .
(٣) الانصاف ٤٧٣/٨ .
(٤) المحرر ٥٤/٢

جاء في التنقيح المشبع للمرداوي [1] - « وان نوى تجويد خطه او غم اهله قبل حكما » اي ان ادعى انه ما اراد الا تجويد خطه حين كتب طلاق زوجته يقبل منه ادعاؤه قضاء ولا يقع الطلاق .

* * *

الشافعية :

ولا يقع الطلاق لدى الشافعية بالكتابة الا اذا اقترن ذلك بالنية . كما تعتبر الاشارة المعهودة من الاخرس في طلاقه ، فان كانت مفهومة لدى الناس فلا تحتاج الى نية اما اذا لم يفهمها الا بعض الناس دون اخرين فتعتبر كناية لا يقع بها الطلاق الا بالنية .

وقال الشافعية : ان الاشارة من القادر على النطق بالطلاق لغو .

جاء في متن المنهاج [2] - واشارة ناطق بطلاق لغو - وقيل كناية ، ويعتد باشارة اخرس في العقود . فان فهم طلاقه بها كل احد فصريحة ، وان اختص بفهمه فطنون فكناية ، ولو كتب ناطق طلاقا ولم ينوه فلغو وان نواه فالاظهر وقوعه .

وفي مختصر المزني [3] : « ولو كتب بطلاقها فلا يكون طلاقا الا بأن ينويه » .

وحسنا ما ذهب اليه الشافعية من عدم الاعتداد باشارة القادر على النطق في الطلاق لان الاشارة اعتبرت من الاخرس لعدم قدرته على الكلام ولا مبرر لاعتبارها من غيره طالما كان قادرا على التعبير عن ارادته تعبيرا صحيحا دقيقا بكلامه الصريح .

---

(١) التنقيح المشبع ص ٢٣٦ .
(٢) مغني المحتاج ٢/٤٨٤ .
(٣) مختصر المزني ٤/٧٥ .

الزيدية :

التعبير عن ارادة الزوج بطلاق زوجته سواء كان بالكتابة ام بالاشارة تعتبر من الكنايات لدى الزيدية لا يقع بها الطلاق الا بالنية سواء كانت بالفاظ صريحة ام كانت بالفاظ كنائية [1].

جاء في التاج المذهب [2]: « والكناية على ضربين : لفظ وغير لفظ ـ فغير اللفظ كالكتابة بالطلاق اي المرتسمة واشارة الاخرس المفهمة . »

وفي المنتزع المختار [3]: « والكناية على ضربين : لفظ وغير لفظ ـ فغير اللفظ هو كالكتابة المرتسمة .. »

وقد جاء عقب ذلك في الحاشية قول الشارح : « سواء كتب صريحا او كناية » .

وعلى هذا فالكتابة لدى الزيدية تعتبر كناية لا يقع بها الطلاق الا بالنية .

هذه خلاصة ما ذهب اليه الفقهاء فيما يقوم مقام اللفظ في الطلاق .

* * *

ويظهر لي ان تشدد الجعفرية والظاهرية في عدم الاعتداد بالطلاق ان كان بالكتابة تشدد لا مبرر له لان القصد من اللفظ هو التعبير عن ارادة الزوج في مفارقة زوجته وهذا التعبير قد يكون بالالفاظ كما يكون بالكتابة وخاصة ان كان الزوج غائباً [4] .

---

(١) ذهب استاذنا الشيخ الخفيف الى ان الطلاق بالكتابة لدى الزيدية ان كان بلفظ الكناية لايقع الا بالنية والمفهوم من كلامه ان الكتابة بلفظ صريح يقع بها الطلاق بدون نية فقد جاء في فرق الزواج ص : ١٠ أما اذا كانت عبارتها بالفاظ الكنايات فانه لايقع الا بالنية والى هذا ذهب الزيدية كما تدل على ذلك عبارة المنتزع . والى مثل هذا ذهب استاذنا الشيخ محمد زفزاف في مذكراته فقه القرآن والسنة ص ١١٧ .

(٢) التاج المذهب ٢/١١٩ .

(٣) المنتزع المختار ٢/٣٨٥ .

(٤) وكذلك فان القانون المدني لم ينص على شكل معين للتعبير عن الارادة فقد جاء في المادة ٩٠ من القانون المدني المصري : التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالاشارة المتداولة عرفاً . راجع شرح القانون المدني محمد علي عرفة ص ٥٦ الوسيط للدكتور السنهوري ص ٢٣٩ .

كما اني اميل الى اشتراط نية الطلاق في الكتابة اذ لا يجوز ان تكون عرى الزوجية مهددة بالزوال بمجرد جرة قلم فلا بد من القصد الى الطلاق سواء أكان باللفظ ام بالكتابة وسوف نعود الى هذا البحث مطولا .

واما فيما يتعلق باشارة الاخرس فيبدو لي انه لو اشترطنا الكتابة على من يقدر عليها بدل الاشارة كان اضمن للتعبير عن حقيقة مراد من لا يستطيع التلفظ بلسانه عما في نفسه اذ الكتابة تقوم مقام اللفظ حينئذ حين تعذره .

. . .

الفرع الثاني

التعليق على شرط والاضافة الى المستقبل

الصيغة التي يقع بها الطلاق سواء اكانت بلفظ صريح ام بلفظ كنائي قد تكون منجزة او معلقة على شرط او مضافة الى المستقبل (١) .

فالطلاق المنجز : هو ما كان بصفة مطلقة غير معلقة على شرط ولا مضافة الى المستقبل كقول الزوج لزوجته : أنت طالق . ويترتب على الطلاق المنجز أثره فور صدوره .

والطلاق المعلق على شرط : هو ما كان بصيغة معلقة على شرط . والتعليق هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى كقول الزوج لزوجته

---

(١) جاء في المادة ٢٥١ من الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية : الطلاق لفظياً كان أو بالكتابة يصح أن يكون منجزاً أو معلقاً. فالمنجز ما كان بصيغة مطلقة غير مقيدة بشرط ولا مضافة الى وقت وهذا يقع في الحال والمعلق ما كان معلقاً بشرط أو حادثة أو مضافاً الى وقت وهذا يتوقف وقوعه على وجود الشرط أو الحادثة أو حلول الوقت المضاف اليه. والتعليق يمين .

ان دخلت الدار فانت طالق . والجملة الاولى تسمى جملة الشرط والثانية جملة الجزاء .

ويترتب على الطلاق المعلق على شرط انه لايقع الا عند حصول مدلول جملة الشرط وهي في المثال السابق : دخول الزوجة الدار .

والطلاق المضاف الى المستقبل : هو مااقترنت صيغته بزمن يقصد وقوع الطلاق فيه ويترتب على هذه الصيغة أنه لايترتب أثر الطلاق وحكمه الا بمجيء الوقت المضاف اليه .

والخلاصة : ان الطلاق المنجز ينعقد سبباً في الحال ويعقبه حكمه في الحال .

والمضاف ينعقد سبباً في الحال ولكن لايترتب عليه حكم الا عند مجيء الوقت المضاف اليه .

واما المعلق فلا ينعقد سبباً الا عند وجود الشرط[1] .

والأصل في الطلاق ان يكون بصيغة منجزة . ولهذا لاخلاف بين الفقهاء فيمن طلق بصيغة منجزة انه يقع طلاقه اذا ماتوفرت شروطه . اما الخلاف فهو في الصيغة المعلقة على شرط و المضافة الى المستقبل .

---

(١) الطرق التي تثبت بها الاحكام أربعة : ١ - الاقتصار أي ثبوت الحكم في الحال كإنشاء الطلاق المنجز مثل قوله انت طالق فالحكم يبتدىء من وقت وجود السبب مقتصر عليه فلا يتقدمه ولا يتأخر عنه . ٢ - الانقلاب أي صيرورة ماليس بعلة علة كالتعليق فاذا قال لزوجته انت طالق ان دخلت الدار كانت جملة انت طالق علة لثبوت حكمه وهو الطلاق . لكنه بالتعليق لاينعقد علة الا عند وجود شرطه وهو كلامها لفلان فاذا وجد الشرط انقلب ما لم يكن علة وقت التكلم به الى علة . ٣ - التبيين : أي أن يتبين ويظهر في الحال تقدم الحكم كقوله ان كان اخوك في الدار فانت طالق ثم تبين انه كان في الدار وقت ان قال الزوج ذلك فانها تطلق من حين القول وتبتدىء عدتها من وقته وان لم يظهر الامر الا بعد ذلك ولو بمدة. ٤ - الاستناد أي ثبوت الحكم في الحال مستنداً الى ما قبله كما لو غصب انسان ساعتك ثم ضمنته قيمتها بعد الغصب بمدة فانه يملكها بسبب الضمان ملكا مستندا الى وقت الغصب . وعلى ذلك تصح تصرفاته فيما بعد الغصب . الاحوال الشخصية . احمد ابراهيم ص ٢٦٢ .

أراء المذاهب في قابلية الطلاق لهذه الشروط [1]

قال الظاهرية والجعفرية : لايكون الطلاق الا منجزاً .

وقال جمهور الفقهاء : يصح الطلاق منجزاً ومعلقاً على شرط ومضافاً الى المستقبل مع خلاف يسير فيما بينهم .

رأي الظاهرية :

قال الظاهرية لايقع الا الطلاق المنجز فمن علق طلاقه على شرط او اضافه الى زمن فهو باطل والزوجية قائمة لانه لم يرد في القرآن الكريم ولا في سنة الرسول عليه السلام طلاق غير منجز .

جاء في المحلى [2]: «ومن قال :اذا جاء رأس الشهر فأنت طالق او ذكر وقتاً ما فلا تكون طالقاً بذلك لا الآن ولا اذا جاء رأس الشهر . برهان ذلك : انه لم يأت قرآن ولاسنة بوقوع الطلاق بذلك فقد بين الله تعالى الطلاق على المدخول بها وفي غير المدخول بها ، وقال : ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه» .

وقال ابن حزم : ان كل طلاق لايقع حين ايقاعه فمن المحال ان يقع بعد ذلك في حين لم يوقعه فيه .

. . .

الجعفرية :

وذهب الجعفرية أيضاً الى عدم وقوع الطلاق غير المنجز فمن علق طلاقه

---

(١) راجع المدخل الفقهي للاستاذ مصطفى الزرقاء ص ٣٦٨ .

(٢) المحلى ٢١٣/١٠ .

على شرط أو إضافه الى المستقبل لم تطلق زوجته لحصر صيغة الطلاق بلفظ أنت طالق كما سبق وذكرنا في بحث الصريح والكنايه.

وقد جاء في جواهر الكلام في بحث صيغة الطلاق: انه يشترط أن تكون الصيغة مجردة من الشرط والصفة، فلايصح تعليق الصيغة ولا إضافتها سواء أكان الشرط المعلق عليه واجب الوجود في المستقبل او على خطر الوجود فيه. ولم أقف على خلاف فيه.

وعللوا ذلك بقولهم: ان ظاهر أدلة الحصر في قول أنت طالق يقتضي عدم سببية الصيغة المشتملة على التعليق [1].

وفي المختصر النافع [2]: ويشترط تجريده عن الشرط والصفة.

غير أني وجدت في الروضة البهية ان الزوج إذا علق الطلاق على شرط موجود حال التلفظ بالصيغة وقع الطلاق. فقد علق صاحب الروضة البهية على ماجاء في اللمعة الدمشقية: ان الطلاق لايقع معلقاً على شرط أو صفة فقال: الا أن يكون الشرط معلوم الوقوع له حال الصيغة كما لو قال انت طالق ان كان الطلاق يقع بل هو يعلم وقوعه على الأقوى، لأنه حينئذ غير معلق.

والحق ان هذا تعليق صوري لايسمى تعليقاً لأنه يشترط في التعليق أن يكون الشرط على خطر الوجود لا على أمر موجود. وهذا محل اتفاق بين جميع الفقهاء إذ أنهم ذكروا في كتبهم ان لو قال لها أن كانت السماء فوقنا فانت طالق كان هذا طلاقاً منجزاً.

• • •

مذهب جمهور الفقهاء :

وذهب الجمهور الى أن الطلاق يصح تعليقه بشرط أو إضافته الى زمن مستقبل

---

(١) جواهر الكلام ص ٢٩٠/٥.

(٢) المختصر النافع ص ٢٢٢ .

مع خلاف يسير فيما بينهم سوف نوضحه بايجاز دون خروج على وحدة بحثنا [1]

وحجة الجمهور فيما ذهبوا اليه : ان الوفاء بالعقود واجب لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود. وقول الرسول عليه السلام: المؤمنون عند شروطهم [2].

الصيغة المضافة الى المستقبل :

اذا قال الزوج لزوجته أنت طالق غداً او بعد شهر فالفقهاء الذين اوقعوا الطلاق بالصيغة المضافة الى المستقبل انقسموا الى رأيين :

ففريق منهم قال : ان الطلاق يقع في الحال وهو مذهب مالك وقول سعيد بن المسيب والليث بن سعد وزفر .

وحجة أصحاب هذا القول : أن الزوج بهذه الاضافة قد جعل استباحة

---

(١) تنقسم العقود عند الاحناف بالنسبة الى قبولها التعليق او عدم قبولها ثلاثة اقسام :

١) مالا يصح تعليقه بأي شرط وهي :

١ - عقود التمليك المالية كالبيع والشراء .

٢ - عقود المبادلات غير المالية كالزواج والخلع .

٣ - الرهن والاقالة .

٢) مايصح تعليقه بأي شرط ويشمل :

١ - الاسقاطات المحضة كالطلاق والعتاق .

٢ - الوكالة والوصية والايصاء .

٣) مايصح تعليقه بالشرط الملائم له دون غيره كالكفالة والحوالة والاذن للصبي بالتجارة .

وتنقسم العقود عند الحنفية بالنسبة للاضافة :

١) عقود لاتنعقد إلا مضافة كالوصية

٢) وعقود لاتصح مع الاضافة كالبيع

٢) وعقود تصح اضافتها فتكون تارة منجزة وتارة مضافة الى المستقبل كالاجارة والطلاق والوكالة .احكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف ص ٢٢٠ .

(٢) المهذب ٢/٩٣ الروض النضير ٤/١٥٩ المغني ٨/٣١٨ .

زوجته الى أجل محدود ، فالفترة بين ايقاع الطلاق وبين وقوعه في الزمن المضاف اليه يعتبر توقيتاً للنكاح والوطءفيه وطء في نكاح موقت وهذا لايجوز فتجنباً لتوقيت النكاح بهذه المدة قالوا يقع الطلاق في الحال .

جاء في بداية المجتهد[1] : «واما تعليق الطلاق بالافعال المستقلة فان الأفعال توجد على ثلاثة أضرب :

واما ما لابد من وقوعه كطلوع الشمس غداً فهذا يقع ناجزاً عند مالك.»

وذهب الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية الى ان الصيغة المضافة الى المستقبل يقع بها الطلاق في الوقت الذي اضيف اليه .

وحجة اصحاب هذا الرأي ان الصيغة المضافة الى المستقبل هي تعليق للطلاق على صفة معينة . فاذا لم توجد هذه الصفة فلا يقع الطلاق .

وأما ذكره اصحاب الرأي الاول من ان في الصيغة المضافة الى المستقبل توقيت للنكاح غير صحيح انما التوقيت في هذه الصيغة هو للطلاق وتوقيت الطلاق صحيح .

. . .

اراء المذاهب :

جاء في بداية المبتدي[2] :ولو قال انت طالق غداً وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر .

وفي المغني[3]: واذا وقع الطلاق في زمن او علقه بصفة تعلق بها لم يقع حتى تأتي الصفة والزمن .

وقد علل ابن قدامه ذلك بقوله : — لأنه ازالة ملك يصح تعليقه بالصفات

---

(١) بداية المجتهد ٤٨/٢ .
(٢) بداية المبتدي ٦١/٢
(٣) المغني ٣١٨/٨

فمتى علقه بصفة لم يقع قبلها ... ولانه تعليق للطلاق بصفة لم توجد فلم يقع كما لو قال انت طالق اذا قدم الحاج وليس هـذا توقيتاً للنكاح وانما هو توقيت للطلاق وهذا لا يمنع .

وفي المهذب [1] : اذا علق الطلاق بشرط لا يستحيل كدخول الدار ومجيء الشهر تعلق به فاذا وجد الشرط وقع واذا لم يوجد لم يقع .

وفي التاج المذهب [2] : اما اذا علقه بمعلوم الحصول كطلوع الشمس . فان علقه بالنفي نحو ان لم تطلع الشمس او نحوه فأنت طالق فلا يقع ـ وان علقه بالاثبات نحو ان طلعت الشمس لم يقع الا بحصول الشرط .

. . .

الصيغة المعلقة على شرط :

هي كل عبارة اقترنت بشرط من الشروط يدل على ربط وقوع الطلاق به بأداة من ادوات الشرط [3] والامر المعلق عليه الطلاق قد يكون مستحيل الوجود أو محقق الوجود او يكون على خطر الوجود اي محتمل الوجود فالشرط المستحيل الوجود كما لو قال لزوجته ان دخل الجمل في سم الخياط فأنت طالق فهذا لايقع به الطلاق عند جمهور الفقهاء ماعدا رواية في المذهب الحنبلي نصت على الوقوع [4] .

اما ان كان الشرط محقق الوجود كقوله ان كانت السماء فوقنا فأنت طالق فهذا في الحقيقة تعليق صوري اذ أنه اشبه ان يكون بالطلاق المنجز ولهذا يقع الطلاق في الحال [5] .

---

(١) المهذب ٢/٩٣.

(٢) التاج المذهب ٢/١٣٠

(٣) ادوات الشرط : أن واذا ومتى ومن وأي وكلما وهذه تفيد التكرار .

(٤) المغني ٨/٣٨٤ .

(٥) الدر المنتقى ٢/٤١٧ . شرح الخرشي ٣/١٨٩. نهاية المحتاج ٦/١٢٥.

واما ان كان الشرط محتمل الوجود وهي الصيغة الغالبة كقوله ان دخلت الدار فانت طالق فهذه صيغة تعلق بها امر دخول الدار بارادة الزوجة فمتى دخلت الدار طلقت وان لم تدخل لم تطلق .

هذه الصيغة الاخيرة يمكن ان تكون على عدة انواع بالنسبة لقصد الزوج حين علق الطلاق .

١) فقد يكون قصد الزوج من الشرط مدلوله اللغوي وهو وقوع الطلاق عند حصول الشرط فاذا قال لها ان خرجت من الدار بدون اذني فانت طالق، وقصده في هذا الطلاق ان خرجت بدون اذنه .

وقد يكون قصد الزوج تخويف زوجته ليمنعها من عمل ما مثلاً كقوله لها ان سافرت فانت طالق وهو يقصد منعها من السفر ولا يقصد طلاقها .

٣) وقد لا يكون للزوجة دخل في قصده ونيته كمن يقصد حمل آخر على فعل شيء فيقول له ان لم تذهب معي فامرأتي طالق .

٤) وقد يقصد الزوج بتعليقه طلاق زوجته تقوية عزيمة نفسه على فعل او تركه كقوله : ان لم اسافر فزوجتي طالق وقصده السفر لا الطلاق .

٥) وهناك تعليق للطلاق على امر طبيعي لا دخل لارادة الانسان فيه كقوله لزوجته : ان هطلت الامطار بعد اسبوع فأنت طالق . وهذه الصورة تشابه الصورة الاولى .

وفي جميع هذه الصور يقع الطلاق حين وقوع الامر المعلق عليه . ولا تختلف هذه الصور بعضها عن بعض الامن حيث قصد المتكلم ونيته [١] .

• • •

---

(١) الاحوال الشخصية محي الدين عبد الحميد ص ٢٧٥ .

ولكن جماعة من الفقهاء والمتأخرين وعلى رأسهم ابن تيميه وتلميذه ابن القيم فرقوا بين هذه الصور المختلفة في الصيغة المعلقة على شرط وقالوا اذا كان قصد الزوج من هذه الصيغة حمل الغير على فعل او تركه فالطلاق لا يقع وبعبارة اخرى اذا لم يكن قصد الزوج من كلامه هذا تطليق زوجته فلا تعتبر الصيغه بل تعد لغواً ولا طلاق .

جاء في فتاوى ابن تيميه [1] ... فان كان مقصوده ان يحلف بذلك ليس غرضه وقوع هذه الامور كمن ليس غرضه وقوع الطلاق اذا وقع الشرط فحكمه حكم الحالف وهو من باب اليمين .

واما ان كان مقصوده وقوع هذه الامور كمن غرضه وقوع الطلاق عند وقوع الشرط مثل ان يقول لامرأته ان ابرأتيني من صداقك فأنت طالق بخلاف من كان غرضه ان يحلف عليها ليمنعها ولو فعلته لم يكن له غرض في طلاقها .

فانها تارة يكون طلاقها اكره اليه من الشرط فيكون حالفاً وتارة يكون الشرط المكروه اكره اليه من طلاقها فيكون موقعاً للطلاق اذا وجد ذلك الشرط فهذا يقع به الطلاق .

فالاصل في هذا : ان ينظر الى مراد المتكلم ومقصوده فان كان غرضه ان تقع هذه الامور وقعت منجزه . او معلقة اذا قصد وقوعها عند وقوع الشرط . وان كان مقصوده ان يحلف بها وهو يكره وقوعها اذا حنث وان وقع الشرط فهذا حالف بها لا موقع لها فيكون قوله من باب اليمين لا من باب التطليق .

ومن هذا يظهر لنا : ان الطلاق المعلق على شرط بالنظر الى المعنى نوعان : نوع في معنى اليمين ، وهو ما اريد به الحث على فعل شيء معين ، او الحمل على تركه ، دون ان يقصد الزوج به الطلاق .

---

(١) فتاوى ابن تيمية ٣/٢

قال ابن القيم في اعلام الموقعين[1]: الحلف بالطلاق له صفتان : احداهما ان فعلت كذا فأنت طالق والثانية الطلاق يلزمني لا أفعل كذا .

والنوع الاخير فهو ما يقصد به ايقاع الطلاق كما لو اتفق الزوجان على الطلاق نظير مبلغ تقدمه الزوجة لزوجها فقال لها ان دفعت لي مائة دينار فأنت طالق . فهذا التعليق قد قصد المتكلم به ايقاع الطلاق حين حدوث الامر المعلق عليه وهو دفع المبلغ المذكور .

وبرأي ابن تيميه اخذ المشرع المصري حيث نص في المادة ٢ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٥ : لا يقع الطلاق غير المنجز اذا قصد به الحمل على فعل شيء او تركه لاغير .

وجاء في المادة ٩٠ من القانون السوري : لايقع الطلاق غير المنجز اذا لم يقصد به الا الحث على فعل شيء او المنع منه او استعمل استعمال القسم لتأكيد الاخبار لا غير .

وهناك بعض القوانين لم تأخذ برأي ابن تيميه فالتعليق على الشرط صحيح ويقع به الطلاق دون النظر الى قصد المطلق ونيته حسب ماذهب اليه جمهور الفقهاء.

جاء في القانون الاردني :

م ٧٥ : تعليق الطلاق بالشرط صحيح .

م ٧٦ : اضافة الطلاق الى الزمان المستقبل صحيحة .

• • •

---

(١) اعلام الموقعين ٧١/٣ .

ماهو حكم الطلاق المضاف الى المستقبل في القانون المصري ؟ .

هل تشمل المادة السابقة حكم الطلاق المضاف الى المستقبل ام انها جاءت بياناً لحكم الطلاق المعلق على شرط ؟ .

اختلف شراح القانون فبعضهم يقول ان الطلاق غير المنجز يشمل الطلاق المعلق على شرط والمضاف الى المستقبل . وبعضهم يقول ان الطلاق المضاف الى المستقبل يرجع في احكامه الى المذهب الحنفي حيث لم تشر المادة اليه .

يقول استاذنا فضيلة الشيخ علي الخفيف في شرحه هذه المادة[١]:

وليس يقصد بالطلاق الحمل على فعل شيء او تركه ، الا في نوعي الطلاق المعلق المار ذكرهما (الصيغة المعلقة على شرط واليمين) وعلى ذلك صار الحلف بهما عند نية ذلك لغوا من القول لايترتب عليه طلاق .

اما اذا اراد الزوج بذلك طلاقاً وكان له فيه وطر عند حدوث الشرط المعلق عليه . وكان الطلاق مضافاً الى وقت مستقبل فانه يقع .

اما استاذنا الدكتور مدكور فيميل الى الرأي الاخير فقد جاء في كتابه الزواج والفرقة[٢] :

وفي الواقع ان هذه المادة لاتشمل المضاف لانه يأخذ حكم المنجز .

ونحن مع الرأي الثاني لان المادة صريحة بقولها الطلاق غير المنجز فهو يشمل المعلق على شرط والمضاف الى المستقبل .

وعلى هذا فالطلاق اذا لم يكن منجزاً سواء أكان مضافاً الى زمن او معلقاً على شرط اذا لم يقصد به الزوج الطلاق فلا يقع .

• • •

---

(١) فرق الزواج ص ١٢٨.

(٢) الزواج والفرقة ص ١٧٧.

رأينا في الطلاق غير المنجز :

لم يشرع الله الطلاق ليكون حل العقدة الزوجية على لسان كل زوج دون سبب او لاي سبب بل جعل له وقتاً مخصوصاً لايجوز الطلاق في غيره فقال : «يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن .»

وسوف نرى في بحث الطلاق في الحيض انه لايقع تفسيراً لهذه الآية الكريمة ولما جاء عن النبي عليه الصلاة والسلام . فاذا ما علق الزوج طلاق زوجته على فعل منها او على امر طبيعي كهطول المطر او على مجيء فلان فقد يحدث الامر المعلق عليه والزوجة في وقت لايحل فيه الطلاق فما العمل ؟ .

ان الله سبحانه وتعالى حين حدد لنا وقتاً معيناً للطلاق انما يشير الى ان الطلاق يجب ان يكون منجزاً لامعلقاً على امر لانعلم وقت حصوله .

ثم اذا اضفنا الطلاق الى وقت ما فما مصير الزوجة في الوقت الذي تنتظر فيه طلاقها كما لو قال لها انت طالق في رأس السنة وكانت السنة في بدايتها فهل هي زوجة في هذه الفترة الطويلة ؟ . .

قال جمهور الفقهاء الذين اجازوا الطلاق بالصيغة المضافة انها زوجته ويجوز له وطؤها ؟ . . فهل هذا معقول ؟ . . يعاشرها معاشرة الازواج ومصيرها الطلاق بعد شهور وايام ؟ . .

. . .

وحسنا ماذهب اليه المذهب المالكي اذ قال يقع الطلاق منجزاً لان في الاضافة معنى التوقيت في النكاح وهو اشبه بنكاح المتعة وهذا لايجوز .

ثم ان الطلاق كما رجحنا في بحثنا ان الاصل فيه الحظر ولايباح إلا لحاجة فهذه الحاجة التي تدعو الى الطلاق اما أن تكون موجودة حين تعليقه او اضافته الطلاق او غير موجوده فان كانت الاولى فليطلقها طلاقاً منجزاً ان توفرت شروط الطلاق وان لم تكن الحاجة موجودة فأي داع يدعو الى الطلاق ؟ .

واما الايمان في الطلاق وهي وان كانت من اقسام التعليق الا ان الناس استعملوها اكثر من الصيغة المعلقة في بيوعهم ومعاملاتهم تقوية لعزائمهم وارضاء لمن يتعاملون معهم وقد يكون ذلك كذباً او صدقاً لاحاجة فيه .

وهذا كما يحدثنا ابن القيم في اعلام الموقعين لم يحدث الا في زمن الحجاج الثقفي . واليمين لم يشرعها الله للطلاق انما شرعت اليمين للتعبير الصادق عما في نية الحالف فان حنث فعليه الكفارة لاطلاق زوجته .

ولهذا فاني اميل حرصاً على المصلحة الزوجية وتحقيقاً للغرض الذي شرع له الزواج والهدف الذي يرمى اليه الطلاق عدم وقوع غير الطلاق المنجز .

وهذا ماذهب اليه القانون المغربي اذ نص :

في الفصل ٥٠ : الحلف باليمين او الحرام لايقع به طلاق .

وفي الفصل ٥٢ : الطلاق المعلق على فعل شيء او تركه لايقع .

* * *

الفصل الثاني

« القصد »

هل يشترط القصد في الطلاق ؟ .. اي هل يشترط ان يكون المطلق قاصداً الطلاق حتى يقع طلاقه ام انه يقع الطلاق من كل مكلف بمجرد ان ينطق اللفظ الدال على وقوعه سواء اكان معبراً عن ارادة حقيقية ام لم يكن كذلك ؟ ..

للتعبير عن الارادة مظهران: مظهر خارجي يعبر عنه باللفظ ومظهر داخلي هو قصد المرء ونيته . والأصل ان الارادة الظاهرة دليل الارادة الباطنة[1].

وعلى هذا فسنبحث في هذا الموضوع الحالات التالية بالنسبة للطلاق .

١ ـ ان تصدر من المكلف عبارة الطلاق وهو قاصد اليها اي انه يقصد اللفظ والاثر الذي سيترتب عليه .

٢ ـ ان يقصد بنفسه الطلاق اي ان ينوي طلاق زوجته بدون ان يتلفظ بشيء .

٣ ـ ان يقصد اللفظ دون ان ينوي الطلاق اي لايقصد طلاق زوجته بما تلفظ به .

---

(١) راجع كتاب نظرية العقد للاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري ص ١١ الملكية ونظرية العقد للاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة ص ٢١٦ التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي للدكتور وحيد الدين سوار ص ٣٧٠ .

٤ ـ ان تصدر من المكلف عبارة الطلاق وهو لايقصدها ولايقصد اثرها انما حمل على ذلك بدون ارادته .

او قد يكون في حالة لايعرف فيها ما يقول .

٥ ـ وقد تصدر من المكلف عبارة الطلاق ولكنه لايقصد هذا اللفظ انما يقصد لفظاً آخر ومعنى آخر .

وتطبيقاً لما سلف نقول : ـ

ـ حين تكون العبارة معبرة عن القصد يقع الطلاق بلا خلاف وقد بحثنا هذا في مبحث الصريح والكناية .. ورأينا من يشترط النية مع اللفظ الصريح ومن لايشترط النية الا بلفظ الكناية [١].

* *

---

(١) راجع المدخل الفقهي للاستاذ مصطفى الزرقاء ص ٢٤٦ .

المبحث الاول

هل يقع الطلاق بمجرد النية بدون لفظ ؟...

من طلق زوجته بقلبه دون ان يتلفظ بشيء فهل تطلق زوجته بمجرد مانواه ام لابد من لفظ يعبر عن قصده وارادته الطلاق .

يكاد يكون الاجماع على ان من طلق في نفسه فلا عبرة بطلاقة الا ماجاء عن بعض المالكية من ان الطلاق النفسي يقع لان العبرة بالعزم وقد عزم عليه .

ادلة من قال بوقوع الطلاق النفسي :

١ – قوله تعالى: « ان تبدوا مافي انفسكم او تخفوه يحاسبكم به الله » فدلت الآية ان مانخفيه في انفسنا نحاسب عليه فمن طلق في نفسه فطلاقه صحيح .

٢ – ما روى عن الزهري : انه يقع الطلاق بمجرد العزم عليه .

وروى عن ابن سيرين فيمن طلق في نفسه انه قال : اليس قد علمه الله[١] .

ادلة جمهور الفقهاء :

١ – ان الطلاق لابد فيه من لفظ مخصوص يدل عليه ، فاذا نوى الزوج الطلاق بقلبه فلا طلاق مالم ينطق به على خلاف فيما بينهم في اشتراط القصد مع اللفظ او عدم اشتراط ذلك .

٢ – واستدلوا بحديث رواه ابن ماجه : عن ابي هريرة قال : قال رسول

---

(١) المغني ٨/٢٦٣ .

الله : ان الله تجاوز لامتي عما توسوس به صدورها مالم تعمل به او تتكلم به وما استكرهوا عليه .

٣ – ماروى عن عطاء وجابر بن زيد : من طلق في نفسه فليس بشيء . وعن قتادة والحسن : من طلق في نفسه فليس طلاقه ذلك بشيء .

وفي رأيي انه لامجال لمؤاخذة المرء عما في نفسه مالم يظهر منه دليل واضح عما يقصده فمن نوى الطلاق فلا يقع طلاقه الا اذا اظهر نيته بلفظ يدل على ذلك او مايقوم مقام اللفظ من اشارة او كتابة .

وما جاء في ادلة من اوقع الطلاق النفسي ضعيف لايصح الاحتجاج به . يقول ابن القيم في استدلالهم بالآية[1] : ان تبدوا مافي انفسكم ... واما الآية فليس فيها ان المحاسبة بما يخفيه العبد الزام باحكامه بالشرع وانما فيها محاسبته بما يبديه ويخفيه، ثم هو مغفور له او معذب فأين هذا من وقوع الطلاق بالنيه؟..

واما حديث انما الاعمال بالنيات فلا حجة لهم فيه اذ ان النبي صلى الله عليه وسلم يقرن النية بالعمل فلا عمل بدون نية .

يقول ابن حزم[2] : «وهذا الخبر حجة لنا عليهم لانه عليه الصلاة والسلام لم يفرد فيه النية عن العمل ولا العمل عن النية بل جمعهما معا ولم يوجب حكما باحدهما دون الآخر ، وهكذا نقول : ان من نوى الطلاق ولم يلفظ به او لفظ به ولم ينوه فليس طلاقاً الا حتى يلفظ به وينوه .»

. . .

---

(١) زاد المعاد ٤/٣٨ .

(٢) المحلى ١٠/١٩٩ ويرد ابن حزم على من يقيس الطلاق النفسي على الكفر في النفس وانه يكفر من اسر الكفر بقلبه ان في هذا جاءت نصوص صريحة ولم يرد في الطلاق نص على ان من طلق في نفسه لزمه الطلاق فقد قال تعالى : ياايها الرسول لايحزنك الذين يسارعون في الكفر من الذين قالوا آمنا بافواههم ولم تؤمن قلوبهم . فخرج هؤلاء بنصوص القرآن عمن عفى عنهم .

المبحث الثاني

طلاق الهازل

قد ينطق الزوج بلفظ الطلاق وهو قاصد ذلك ولكنه لايقصد أثر اللفظ أي وقوع الطلاق كما لو كان هازلاً . فطلاق الهازل فيه قصد لما يتلفظ به ولكنه لاينوي الطلاق ولايقصده انما ذكر ذلك لمجرد اللعب والهزل فهل يقع طلاقه؟[1]

قال جمهور الفقهاء : يقع طلاق الهازل لأنه لفظ صريح لايحتاج الى نية وان أثر العقود وترتبها على أسبابها هو من عمل الشارع لامن عمل المكلف فمتى طلق الزوج بكلام صريح ترتب عليه أثره سواء أكان جاداً ام هازلاً ، وقد استدلوا على هذا بحديث : « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد ، النكاح والطلاق والرجعة . »

وقال آخرون وهم **الظاهرية والجعفرية وفريق من المالكية** : إن طلاق الهازل غيرصحيح لانه لاعزم له ولا إرادة فهولم ينو الطلاق بلفظه ، ولا طلاق إلا مع القصد والنية لقوله تعالى : وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم .

وفي رأيي ان نقطة الخلاف في هذا الموضوع هي حول اشتراط النية في اللفظ الصريح فمعظم الذين قالوا يشترط القصد والنية مع اللفظ الصريح قالوا : لايقع طلاق الهازل والذين لم يشترطوا النية اوقعوا طلاقه .

---

(١) قال ابن الهمام في فتح القدير ٣/٣٤٧ :
اما الهازل فريد لمعنى اللفظ غير مريد لحكمه فلا يلتفت لقصده عدم الحكم .
راجع : فرق الزواج للاستاذ الشيخ علي الخفيف ص ٥٥

من قال بوقوع طلاق الهازل :

الاحناف : جاء في مجمع الانهر :[١] «ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ .. وكذا اللاعب والهازل بالطلاق» .

الشافعية : جاء في الوجيز [٢] الهزل : لايؤثر ذلك في منع الطلاق .

وفي متن المنهاج [٣] : « ولو خاطبها بطلاق هازلا أولاعبا .. وقع ...

الحنابلة : جاء في الشرح الكبير [٤]: «ان الصريح لايحتاج الى نية بل يقع من غير قصد فمتى قال : انت طالق او مطلقة او طلقتك وقع من غير نية بغير خلاف لان مايعتبر له القول يكتفي فيه به من غير نية ان كان صريحاً فيه سواء قصد المزح او الجد لقول النبي صلى الله عليه وسلم : ثلاث جدهن جد وهزلهن جد .. قال ابن المنذر : اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان جد الطلاق وهزله سواء» .

الزيدية : جاء في الروض النضير [٥] بعد ان ذكر حديث ثلاث جدهن جد .. قال : « والحديث يدل على وقوع طلاق الهازل ويدل على ان الصريح لايفتقر الى نية وهو مذهب اكثرالعترة . »

وفي المنتزع المختار [٦] : « ويقع الطلاق .. ولو هازلا اي لم يقصد معنى الطلاق وانما قصد الهزل باللفظ هذا عند من جعل الصريح لايفتقر الى نية ومن جعله مفتقرا فانه يقول لايقع طلاق الهازل» .

---

(١) مجمع الانهر ١/٣٨٤ .
(٢) الوجيز ٢/٥٦وفي مغني المحتاج ٣/٢٧٩.
(٣) المرجع السابق ٢/٢٨٨ .
(٤) الشرح الكبير ٨/٢٧٥.
(٥) الروض النضير ٤/١٤٩ .
(٦) المنتزع المختار ٢/٣٨٤ .

وبالرجوع الى من اشترط في الصريح النية وجدنا [1] ماذهب اليه الزيدية في المنتزع المختار قوله : والمذهب انه يكفي في الصريح قصد اللفظ ولا يحتاج الى قصد المعنى . وعند الناصر والباقر والصادق : انه يفتقر الى قصد المعنى وهي نية الطلاق .

المالكية : جاء في مختصر خليل [2] : «ولزم ولو هزل» .

وقال الخرشي في شرحه : «اي ولزم الطلاق ان هزل بايقاعه اتفاقا بل ولو هزل باطلاق لفظه عليه على المعروف . لخبر الترمذي : ثلاث هزلهن جد..»

تنبيه على ماجاء في بعض الكتب عن طلاق الهازل في المذهبين الحنبلي والمالكي :

وجدت بعض الاضطراب في نقل المذهبين المالكي والحنبلي في طلاق الهازل في بعض الكتب القديمة والحديثة فأردت الاشارة اليها :

جاء في سبل السلام للصنعاني [3] : «والاحاديث دلت على وقوع الطلاق من الهازل وانه لايحتاج الى النية في الصريح واليه ذهب الهادوية والحنفية والشافعية وذهب احمد والناصر والصادق والباقر الى انه لابد من النية لعموم حديث : انما الاعمال بالنيات .

وفي نيل الاوطار [4] : «والحديث يدل على ان من تلفظ هازلا بلفظ نكاح او طلاق : او رجعة وقع منه ذلك .

اما في الطلاق فقد قال بذلك الشافعية والحنفية وغيرهم . وخالف في ذلك احمد ومالك فقالا انه يفتقر اللفظ الصريح الى النية واستدلوا بقوله تعالى : وان عزموا الطلاق . فدلت على اعتبار العزم والهازل لاعزم منه» .

---

(١) المنتزع المختار ٣٨٣/٢ .
(٢) شرح الخرشي ١٧٢/٣ .
(٣) سبل السلام ٢٣٦/٣ .
(٤) نيل الاوطار ٢٣٥/٦ .

ويقول استاذنا فضيلة الشيخ محمد ابو زهرة[١] : وقد وافق مالك والشافعي ابا حنيفة واصحابه بالنسبة للهازل . وخالف احمد فلم يقع طلاقه عنده، لعدم قصده النيه .

وفي رأيي ان سبب هذا الاختلاف في النقل يعود الى الاختلاف حول بعض الروايات التي جاءت في المذهبين المالكي والحنبلي في اشتراط النية في اللفظ الصريح في الطلاق مع ان الامر وان كان يتعلق الى حد كبير في اشتراط النية في اللفظ الصريح الا أن بعض الفقهاء ـ على مايبدو لي ـ من الذين اشترطوا النية قد عدلوا عن هذا الاصل للحديث : ثلاث جدهن جد وهزلهن جد ..

وعلى هذا فمذهب الحنابلة والمعتمد عند المالكية ان طلاق الهازل واقع .

ادلة القائلين بوقوع طلاق الهازل :

١ ـ قوله تعالى : ولا تتخذوا ايات الله هزوا . روى عن عمر : ان الرجل كان يطلق امرأته ثم يرجع فيقول كنت لاعبا فانزل الله تعالى هذه الاية فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من طلق او حرر او نكح فقال كنت لاعباً فهو جاد .

وقال ابو الدرداء ان ذلك تأويل الاية وانها نزلت فيه فدل ذلك على ان لعب الطلاق وجده سواء[٢] .

٢ ـ ماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله : ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة[٣] .

وهذا الحديث يدل على ان من طلق هازلا فطلاقه صحيح وذلك حملا للناس على عدم اللعب واللهو في اقوالهم وتصرفاتهم لانها نافذة عليهم ولازمة لهم .

---

(١) الاحوال الشخصية للشيخ محمد ابو زهرة ٢٨٦ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٢/٤٧٢ .

(٣) كشف الخفاء ١/٣٢٦ .

٣ ـ ان ترتب الاثار على الاسباب هو من عمل الشارع وليس من عمل المكلف . فاذا باشر الزوج سبب الطلاق وهو اللفظ الدال عليه كان اثره وهو الوقوع بارادة الشارع لابارادته سواء أقصد ذلك ام لم يقصد .

يقول ابن القيم في زاد المعاد[1] : ان الهازل قاصد للفظ غير مريد لحكمه. وذلك ليس اليه فانما الى المكلف الاسباب ، واما ترتب مسبباتها واحكامها فهو الى الشارع قصده المكلف او لم يقصده والعبرة بقصده السبب اختيارا في حال عقله وتكليفه ، فاذا قصده رتب الشارع عليه حكمه جد به او هزل .»

• • •

---

(١) زاد المعاد ٤/٣٨ .

من قال بعدم وقوع طلاق الهازل

ذهب الظاهرية والجعفرية وفريق من الزيدية وقول عند المالكية الى ان طلاق الهازل لا يقع لعدم القصد اليه والعزم عليه .

« جاء في المحلى [١] ـ بعد ان ذكر رأي من اوقع طلاق الهازل : واحتجوا بآثار منها : ثلاث جدهن جد .. وهي اخبار موضوعه » .

ويقول ابن حزم : انما الطلاق مانطق به المطلق مختارا بلسانه قاصدا بقلبه كما امر الله تعالى .

وفي جواهر الكلام : [٢] : « وجوزوا طلاق الهازل لانه قاصد اللفظ والمعنى لكن قصدا هزليا ـ وقد رووا عن النبي صلى الله عليه وسلم : ثلاث جدهن جد . ولم يثبت الخبر عندنا بل من المقطوع به خلافه .

ومن الزيدية الذين قالوا تشترط النية مع اللفظ الصريح قالوا : لا يقع طلاق الهازل وهم : الناصر والباقر والصادق [٣] .

وفي المالكية قول بعدم الوقوع ذكره الدسوقي و [٤] الحطاب [٥] والخرشي [٦] .

ودليل هؤلاء بعدم وقوع طلاق الهازل : ١ ـ أن الهازل لا عزم عنده ولا قصد

---

(١) المحلى ١٠/٢٠٤ .
(٢) جواهر الكلام ٥/٢٧٤ .
(٣) المنتزع المختار ٢/٣٨٣ .
(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٤٢٨ .
(٥) مواهب الجليل ٣/٤٤ .
(٦) الخرشي علي خليل ٣/١٧٢ .

له في وقوع الطلاق ، والطلاق لابد فيه من النيه اذا للفظ وحده لايكفي لانه لايعتبر عن قصد صاحبه وارادته .

٢ — ولما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم : انما الأعمال بالنيات والهازل لانية له في الطلاق .

٣ — مارواه ابن عباس لاطلاق الا عن وطر . فمن لم يقصد بلفظه الطلاق فلا يقع طلاقه .

رأينا في طلاق الهازل: اذا ناقشنا ادلة من قال بوقوع طلاق الهازل نجد ان عمدة استدلالهم هو الحديث المذكور : ثلاث جدهن جد وهزلهن جد . اذ ان استدلالهم بالاية : ولاتتخذوا ايات الله هزوا . ليس فيه اكثر من النهي وليس فيه مايدل على وقوع وصحة تصرفات الهازل . وماذكره ابن القيم ايضاً من ان آثار التصرفات هو من عمل الشارع فهذا صحيح ولكنه هو ذاته موطن الخلاف لاننا نحن ايضاً نقول ان الشارع لم يرتب على طلاق الهازل اثرا ولانقول ان هذا من عمل المكلف بل من عمل الشارع لان الشارع يتطلب القصد والعزية في الطلاق .

والحديث تكلم فيه العلماء كثيرا ورده بعضهم فلا يصلح اساسا للاستدلال على طلاق الهازل [1] .

---

(١) حديث ثلاث جدهن جد . قال ابن حجر في التلخيص الحبير ص ٣١٧ رواه احمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه ، والحاكم والدارقطني ، من حديث عطاء عن يوسف ابن ماهك عن أبي هريرة . قال الترمذي : حديث حسن . وقال الحاكم : صحيح وأقره الذهبي . وهو من رواية عبد الرحمن بن حبيب بن ادرك وهو مختلف فيه .

ورواه الطبراني من حديث فضالة بن عبيد ، بلفظ : ثلاث لا يجوز اللعب فيهن : الطلاق والنكاح والعتق . وفيه ابن لهيعه ورواه الحارث بن ابن اسامه في مسنده عن بشر بن عمر عن ابن لهيعه عن عبيد الله ابن ابي جعفر عن عبادة بن الصامت رفعه : لا يجوز اللعب في ثلاث : الطلاق والنكاح والعتاق فمن قالهن فقد وجبن . وهذا منقطع . وقال الترمذي : هذا حديث =

وفي رأيي انه يجب ان نفرق بين حالتين في طلاق الهازل :

الحالة الاولى فيما لو كان المجلس مجلس لهو ولعب وهزل مما لا يختلف فيه اثنان ان اي لفظ يصدر فيه لا يقصد به الا الهزل. فهذا لا خلاف في ان من يطلق في هـذا المجلس لا يقصد وقوع الطلاق .

اما الحالة الثانية فهي ادعاء الزوج انه طلق هازلا بعد وقوع الطلاق في حالة يختلف فيها هل كان جاداً ام هازلا .

ففي الحالة الاولى نرى انه لايقع طلاق الهازل وفي الحالة الثانية يقع طلاقه.

ويمكن ان تلحق بالحالة الاولى الصورية في الطلاق كما لو اتفق الزوجان على الطلاق صورياً وذلك بأن يطلق الزوج زوجته امام القاضي وهما لا يقصدان ذلك بل يهدفان غرضاً آخر قد يكون معونة من جهة برأ ومساعدة من الحكومة كما لو كانت هناك بعض النظم تعطي المرأة الفقيرة التي لا عائل لها معونة فيستفيد منها الزوجان[1] .

وذلك للقضاء على التلاعب والكذب في تصرفات المكلفين .

= حسن غريب. والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم.

وقال ابن حزم في المحلى ١٠/٢٠٤ بعد أن ذكر الحديث المذكور وقال انها أخبار موضوعة قال : إنما رويناها عن طريق عبد الرحمن بن حبيب بن ادرك وهو منكر الحديث مجهول لأن قوماً قالوا عن عبد الرحمن بن حبيب وقوماً قالوا حبيب بن عبد الرحمن وهو مع ذلك متفق على ضعف روايته أو من طريق وكيع عن سفيان عن أبي إسحاق عن أبي برده: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ما بال رجال يلعبون بحدود الله يقول أحدهم قد طلقت ثم راجعت . وهذا مرسل ولا حجة في مرسل .

(١) يقول استاذنا الجليل فضيلة الشيخ مصطفى الزرقاء في المدخل الفقهي ص ٢٥٥ ويتحقق الهزل في التصرفات بأحد طريقين :

١ – اما بتصريح مقارن للعقد من الطرفين أو أحدهما بأن يقول مثلاً : اني أبيع أو أعير هازلاً .

٢ – واما بمواضعه سابقه بأن يتواضع الطرفان على ان العقد الذي سيعقدانه هو هزل أو لعب لا يراد حكمه.

وفي هذا المعنى يقول فضيلة الاستاذ الشيخ احمد ابراهيم تغمده الله برحمته[1].

وفي مذهب مالك قول اري وجوب الاخذ به ، وهو انه اذا قام دليل او قرينه على الهزل كان العقد غير صحيح والا حكم بصحته بناء على الظاهر . وهذا القول وجيه ويجب الاخذ به لان الحديث ضعيف السند ، ولان امر الزواج والطلاق ليس بالهين فكيف يصحان مع عدم الرضا ؟...

وبالجملة فالاحوال ثلاثة :

١ ـ حالة يظهر فيها الرضاء لا يدعى الهزل والحكم فيها واضح .

٢ ـ وحالة يدعى فيها الهزل ويقوم الدليل او القرينة عليه وهذه يجب فيها ابطال العقد نزولا على حكمة الشارع ورعايته لمصالح الناس .

٣ ـ وحالة يدعى فيها الهزل وعدم الرضا لكن لا دليل ولا قرينه على ذلك وفي هذه الحالة يجب تصحيح العقد بحسب الظاهر اذ لا صارف يصرف اللفظ عن حمله على حقيقته ومجرد الدعوى لا يكفي ، والا اضطربت المعاملات واختل نظامها .

وهذا ما تطمئن اليه النفس في هذا الموضوع .

. . .

---

(١) مجلة القانون والاقتصاد س٤ ع٦ .

المبحث الثالث

طلاق المكره

اذا اكره شخص بغير حق على أن يطلق زوجته فهل يقع طلاقه اذامالفظ بالطلاق ؟...

قال الجمهور : لا يقع طلاق المكره .

وقال الاحناف : يقع طلاقه .

آراء الجمهور :

الشافعية : جاء في متن المنهاج [1] ولا يقع طلاق مكره .

الحنابلة : وفي مختصر الخرقي [2] ومن اكره على الطلاق لم يلزمه .

المالكية : في شرح الخرشي [3] اما من اكره على الطلاق فلا يلزمه شيء .

الزيدية : في المنتزع المختار [4] ان المكره لا يقع طلاقه عندنا .

الظاهرية : في المحلى :[5] وطلاق المكره غير لازم له .

الجعفرية : في جواهر الكلام : [6] لا يقع الطلاق باكراه ولا اجبار .

ادلة من قال لا يقع الطلاق مع الاكراه :

١ – قوله تعالى في سورة النحل [7] « من كفر بالله من بعد ايمانه الا من

---

(١) مغني المحتاج ٣/٢٨٩ .

(٢) المغني ٨/٢٥٩ .

(٣) شرح الخرشي ٣/١٧٤ .

(٤) المنتزع المختار ٢/٣٨٢ .

(٥) المحلى ١٠/٢٠٢ .

(٦) جواهر الكلام ص ٥/٢٧٢ .

(٧) الآية رقم ١٠٦ .

اكره وقلبه مطمئن بالايمان ، ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم » .

دلت هذه الآية الكريمة على ان الله وضع عن الناس الكفر اذا نطقت به السنتهم وكانت قلوبهم خلاف ذلك بسبب ما اكرهوا عليه ، كما دلت على سقوط حكم ما هو دون الكفر بالاولى .

قال الامام الشافعي : ان الله لما وضع الكفر عمن تلفظ به حال الاكراه واسقط عنه احكام الكفر فكذلك يسقط عن المكره ما دون الكفر لان الاعظم اذا سقط سقط ما هو دونه بطريق الاولى .

وقال عطاء : الشرك اعظم من الطلاق [1] .

٢ ـ ما جاء عن النبي عليه الصلاة والسلام بما رواه ابن ماجه في صحيحه [2] .

عن ابي ذر الغفاري قال : رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان الله تجاوز عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه .

وعن ابي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان الله تجاوز لامتي عما توسوس به صدورها ما لم تعمل به أو تتكلم به وما استكرهو عليه .

وعن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : ان الله وضع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه .

فدلت هذه الاحاديث على انه لا يتعلق مع الاكراه حكم فطلاق المكره باطل لانعدام اثره .

٣ ـ ما روته عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال: لا طلاق ولاعتاق في اغلاق ، والاغلاق : الاكراه لان المكره يستغلق عليه أمره فلا يدري ما يصنع . فدل هذا الحديث على عدم ترتب اثر الطلاق في حالة الاكراه [3] .

---

(١) فتح الباري ٩/٣٢٠ .
(٢) سنن ابن ماجه ١/٣٢٢ .
(٣) نيل الاوطار ٦/٢٣٥ .

٤ – ما رواه البخاري عن ابن عباس قال : طلاق السكران والمستكره ليس بجائز [١] .

٥ – ما رواه البيهقي [٢] ان رجلا تدلى بحبل ليشتار عسلاً في زمن عمر بن الخطاب فجاءته امرأته فوقفت على الحبل فحلفت لتقطعنه او ليطلقها ثلاثا فذكرها الله والاسلام فأبت الا ذلك فطلقها ثلاثا ، فلما ظهر اتى عمر بن الخطاب فذكر له ما كان منها اليه ومنه اليها فقال : ارجع الى اهلك فليس هذا بطلاق [٣] .

• • •

وقال الاحناف يقع طلاق المكره :

جاء في البدائع [٤] : «واما كون الزوج طائعا فليس بشرط عند اصحابنا حتى يقع طلاق المكره عندنا .»

ادلة القائلين بوقوع طلاق المكره :

١ – ظاهر قوله تعالى : فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا

---

(١) صحيح البخاري (الفتح الباري) ٩/٣٢٠ .

(٢) الروض النضير ٤/١٦٢ .

(٣) اشترط الجمهور ان يكون الإكراه بغير حق اما لو كان إكراهاً من القاضي لحق ثبت للزوجة بطلاق وأبى الزوج ذلك فأجبره القاضي على الطلاق فطلاقه صحيح – .

كما أنه يشترط في الإكراه عدة شروط أهمها : –

١) أن يكون المكره قادراً على تحقيق ما يهدده به أو أن يشعر المكره بذلك أن مايهدد به سوف يلحق به .

٢) ألا يستطيع المكره دفع الإكراه عن نفسه .

٣) أن يكون بما يكره عليه ضرر يصيبه بنفسه أو ماله أو ولده بقتل أو ضرب أو حبس . والإكراه أمر ذاتي يختلف من شخص لآخر حسب الظروف والبيئات والاشخاص .

(٤) البدائع ٣/١٠٠ .

غيره ، فالآية لم تفرق بين طلاق المكره وطلاق الطائع .

وقوله تعالى: وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها. فلم يفرق بين عهد المكره وعهد الراضي .

٢ ـ وما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون . فدل على ان طلاق المكره جائز لانه لم يستثن بالحديث المذكور[١] .

٣ ـ ما رواه محمد بن الحسن باسناده عن صفوان بن عمرو الطائي ان امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائما فاخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته وقالت لتطلقني ثلاثا والا ذبحتك فناشدها الله فأبت فطلقها ثلاثا. ثم جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم : لا قيلولة في الطلاق[٢] .

٤ ـ ثم ان الاحناف قاسوا طلاق المكره على طلاق الهازل فقالوا ان النبي صلى الله عليه وسلم في حديث : ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة . قد سوى بين الجد والهزل في حين ان الجاد قاصد الى اللفظ والى حكمه بينما الهازل لا يقصد حكمه بل يقصد اللفظ فقط . فدل هذا الحديث على انه لا اثر للنية في ايقاع الطلاق، وكذلك فان المكره يقصد اللفظ ولا يقصد الحكم اي الأثر وهو الطلاق فالمكره والهازل في هذا سواء لا يحتاج في كل منهما الى نية ، وطلاقهما واقع[٣] .

٥ ـ ثم انهم قالوا[٤] ان المكره مختار فيما يتكلم به اختيارا كاملا الا انه

---

(١) الجوهرة ٢/٣٣ .
(٢) فتح القدير ٣/٣٩ .
(٣) أحكام القرآن للجصاص ٢/٤٧٢ .
(٤) الزيلعي ٢/١٩٥ .

غير راض بالحكم لانه عرف الشرين فاختار اهونهما عليه . فالأكراه يزيل الرضا ولكنه لا يزيل الاختيار [1] .

. . .

مناقشة ادلة الاحناف فيما ذهبوا اليه :

١ – قولهم ان الآيات القرآنية لم تفرق بين مكره وغير مكره في الطلاق صحيح ، ولكن الآيات جاءت مطلقة والمطلق يقيد بالسنة . وقد استدل الاحناف انفسهم على عدم وقوع طلاق الصبي والمجنون بالسنة فدل على أن الآية ليست مطلقة . فان قالوا ان طلاق الصبي والمجنون غير صحيح لانهم غير مكلفين قلنا ان هناك حديث آخر يقيد اطلاق الآية وهو قوله صلى الله عليه وسلم : عفوت عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه .

والغريب حقاً ان نجد الاحناف يوقعون طلاق المكره بدلالة ان الآيات التي جاءت بالقرآن في الطلاق مطلقة ولا ينفذون بيع المكره مع ان آية البيع جاءت أيضاً مطلقة بقوله تعالى : وأحل الله البيع وحرم الربا [2] .

٢ – وأما حديث صفوان فقال ابن حزم عنه [3] : وهذا خبر في غاية السقوط ، فصفوان منكر الحديث .

---

(١) الاختيار كما تذكر كتب الاحناف هو القصد الى الفعل الذي يستطيعه الشخص سواء أكان ذلك الفعل قولاً أم غير قول .

والاختيار لا يتنافى مع الهزل ولا مع الإكراه .

أما الرضا فهو الارتياح الى القصد والرغبة فيه .

راجع كشف الأسرار ١٥٠٢/٤ نظرية العقد للشيخ محمد ابو زهرة ١٩٠ .

(٢) راجع في موضوع الاكراه بحثاً قيماً كتبه فضيلة الاستاذ الشيخ زكريا البرديسي في مجلة القانون والاقتصاد س٢٠ ع٢ ص ٧٦٠ .

(٣) المحلى ٢٠٣/١٠ .

٣ ـ وأما قياس المكره على الهازل فقياس غير صحيح لامرين :

١) ان الاصل المقيس عليه وهو طلاق الهازل موضع خلاف بين الفقهاء فلا يصح القياس عليه .

٢ ـ ان هذا القياس قياس مع الفارق لان الهازل يقصد اللفظ ولا يقصد الاثر فهو حين يتكلم بلفظ الطلاق يتكلم وهو بكامل ارادته ووعيه انما يهزل بحيث لا يقصد الحكم .

أما المكره فهو لا يقصد اللفظ ولا الحكم لانه لا ارادة له فيما يتكلم به فافترق الاكراه عن الهزل لان من باشر سبب الحكم باختياره لزمه مقتضاه وان لم يرده . وأما المكره فانه لم يرد لا هذا ولا ذاك فقياسه على الهازل غير صحيح .

٤ ـ وأما قولهم ان المكره مختار بدليل انه اختار اهون الشرين فغير دقيق لانه لا خيار مع الاكراه واختيار أحد الامرين ليس دليلاً على حرية اختياره بل اختيار ضعيف لا عبرة به لانه فاسد غير صحيح فالاصل في التعبير عن الارادة ان يكون مختاراً اختياراً كاملا لينقل بكلامه قصده ونيته .

ولهذا فاننا نرجح ما ذهب اليه الجمهور من عدم وقوع طلاق المكره وذلك لانه من الضروري جداً لصحة أي تصرف ان يصدر عن صاحبه وهو يقصده وهذا لا يكون من المكره لان ما نطق به ان هو الا دفاعاً عن خطر محدق به لا تعبيراً عن ارادته بالتطليق .

• • •

طلاق السكران

اختلف الفقهاء في وقوع طلاق السكران : فذهب جمهور الفقهاء الى ان طلاق السكران واقع وقال فريق آخر لايقع طلاقه . وسبب اختلافهم هذا أن الذين اوقعوا طلاقه ربطوا بين سبب السكر وبين أثره فقالوا اذا كان سبب السكر أمراً مباحاً كما لو شرب الخمر للتداوي أو شربها مكرهاً فلا يقع طلاقه أما إذا شربها لغير ذلك فالطلاق واقع وتصرفاته فيه صحيحة .

وأما الآخرون فقد نظروا الى السكر بحد ذاته فقالوا ان السكر يذهب العقل ويفسد التصرفات وسواء أكان سبب السكر مباحاً أم محظوراً فطلاقه غير واقع .

الذين اوقعوا طلاق السكران :

ذهب الحنفية والمالكية على خلاف فيما بينهم والشافعية في الجديد والحنابلة على المعتمد عندهم وجمهور الزيدية ان طلاق السكران واقع اذا كان سبب السكر امراً غير مباح .

الاحناف :

جاء في الفتح القدير[1] : « ان السكر بسبب مباح كمن اكره على شرب الخمر والأشربه المحرمة او اضطر لا يقع طلاقه ومن سكر منها مختاراً اعتبرت عباراته » . وفي الفتح أيضاً : اذا شرب الخمر

---

(١) فتح القدير ٣/٤١ .

فصدع فزال عقله بالصداع فطلق لا يقع[1] .

وفى المالكية تفصيل :

قال الخرشي[2] في تعليل وقوع طلاق السكران : « هذا مبالغة في لزوم طلاق المسلم المكلف اذ سكره لا يخرجه عن التكليف فيلزمه طلاقه ولو سكر سكراً محرماً كالخمر والنبيذ ... وهذا اذا تعمد ذلك المحرم . أما اذا يتعمد كظنه لبنا أو ماء لم يلزمه طلاق ولا حد قذف ومحمله محمل المجنون والمغمى عليه ويصدق في ظنه ان لم يتهم في دينه » .

وقد ذكر الخرشي ثلاثة آراء في المذهب :

١ — طريقة الباجي وابن رشد ؛ ان الخلاف في وقوع طلاق السكران وعدم وقوعه في الذي في عقله شيء من التمييز ولم يبلغ به السكر مداه أما اذا وصل الى حالة عدم التمييز فلا يقع طلاقه لانه كالمجنون حينئذ فالخلاف اذن في الذي معه بقية من عقله .

٢ — وذهب المازري : الى ان طلاق السكران واقع سواءاً ميز أو لم يميز على المشهور في المذهب .

٣ — وقال ابن بشير : ان ميز السكران وقع طلاقه باتفاق واما ان كان عديم التمييز فيقع طلاقه على المشهور .

---

(١) وقد علل ذلك صاحب الفتح ذلك بقوله : لأن الحكم لا يضاف الى علة العلة كالشرب إلا عند عدم صلاحية العلة أعني الصداع للقطع بأن أثرها لا يصل الى المعلول الاخير . ولو تنزلنا فالشرب ليس موضوعاً للصداع بل يثبت الصداع اتفاقاً عند استمداد الطبيعة له في ذلك الوقت فصار الشرب الذي وجد عنه الصداع الذي عنه زوال العقل كسفر المعصية لما لم يكن موضوعاً للمعصية لم يوجب التشديد بل يمنع الترخص فلم يضف زوال العقل اليه ليثبت التشديد بخلاف الشرب الذي لم يحدث عنه صداع مزيل للعقل بل زال به حيث تعلق به التشديد لإضافة زوال العقل اليه وهو المعصية .

(٢) شرح الخرشي ١٧٢/٣ .

الشافعية :

جاء في مغني المحتاج:[1] السكران المتعدي بسكره أن شرب خمراً او دواء مجنناً لحاجة فلا يقع طلاقه لعدم تعديه .

الحنابلة :

جاء في مختصر الخرقي: [2]« عن ابي عبد الله رحمه الله في السكران روايات: رواية يقع الطلاق ورواية لا يقع ورواية يتوقف عن الجواب ويقول قد اختلف فيه اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم » .

ويقول ابن قدامه في شرحه : اما التوقف عن الجواب فليس بقول .. ويبقى في المسألة روايتان .

ورجح ابن تيمية عدم الوقوع فقال في الاختيارات العلمية : [3] « ولا يقع طلاق السكران ولو بسكر محرم وهو رواية عن الامام اختارها ابو بكر . ونقل الميموني عن احمد الرجوع عما سواها فقال كنت أقول يقع طلاق السكران حتى تبينت فغلب على أنه لا يقع » .

وقال ابن القيم في زاد المعاد[4] : وعدم الوقوع ... مذهب احمد في احدى الروايات عنه وهي التي استقر عليها مذهبه وصرح برجوعه اليها .

غير اني وجدت ، ان المذهب هو وقوع طلاق السكران فقد جاء في الانصاف[5] : « ان في وقوع طلاق السكران روايتان احداهما : يقع وهو المذهب » .

• • •

---

(١) مغني المحتاج ٣/٢٧٩ .
(٢) المغني ٨/٢٥٥ .
(٣) الاختيارات العلمية ص ١٥٠ .
(٤) زاد المعاد ٤/٤٠ .
(٥) الإنصاف ٨/٤٣٣ .

الزيدية :

جاء في المنتزع المختار :[1] « ان السكران ولو كان زائل العقل فان طلاقه واقع في الاصح . وهو قول الجمهور من العلماء ... واذا ابيح له الخمر لم يقع طلاقه » .

ادلة من قال بوقوع طلاق السكران :

١ – قال الله تعالى: « يا أيها الذين آمنوا لاتقربوا الصلاة وانتم سكارى حتى تعلموا ماتقولون».

ووجه الاستدلال في هذه الآية ان الخطاب للمؤمنين اما أن يكون موجهاً اليهم حال سكرهم وحينئذ فهم مكلفون والأمر واضح . واما أن يكون موجهاً اليهم قبل سكرهم فدل على انهم مكلفون أثناء السكر بعدم القيام الى الصلاة حتى يعلموا ما يقولون لأنه لو لم يكونوا مكلفين حال سكرهم لما وجه اليهم الخطاب .

فتوجيه الخطاب الى المؤمنين حال سكرهم او تكليفهم بعدم القيام الى الصلاة حتى يعلموا مايقولون دليل اعتبار ارادتهم واغفال حال سكرهم .

قال ابن الهمام في فتح القدير [2] بعد استدلاله بهذه الآية على وقوع طلاق السكران : «لانه ان كان خطابا له حال سكره فنص . وان كان قبل سكره يستلزم ان يكون مخاطباً في حال سكره » .

٢ – ان سبب زوال عقل السكران هو معصية فلا يزول عنه الاثم ولا الخطاب عقوبة عليه وزجرا له بخلاف مالو كان سبب السكر مباحاً فلايقع طلاقه[3] .

٣ – قالوا ان ربط الاحكام باسبابها اصل في الشريعة والتطليق سبب لوقوع الفرقة بين الزوجين فينبغي ترتب الاثر عليه . فاذا ما طلق الزوج

---

(١) المنتزع المختار ٣٨٢/٢ .
(٢) فتح القدير ٤١/٣ .
(٣) الزيلعي ١٩٦/٢ المهذب ٨٢/٢ .

زوجته سواء كان سكرانا ام غير سكران فقد باشر سبب الفرقة ان يترتب الاثر وهو وقوع الطلاق [1] .

٤ ـ ماروي عن النبي عليه السلام انه قال : « كل الطلاق جائز الا طلاق المعتوه » ومثل هذا روي عن علي بن ابي طالب وابن عباس . وبما ان السكران غير مستثنى في هذا الحديث فطلاقه واقع [2] .

. . .

مناقشة هذه الادلة :

١ ـ اما استدلالهم بالاية فلا تفيد ان السكارى مخاطبين حال سكرهم بل وجه الخطاب لهم حال صحوهم . ومعنى الاية ان قول السكران غير معتبر لانه لا يعلم ما يقول .

يقول ابن حزم : [3] « بين الله تعالى ان السكران لا يعلم ما يقول ، فمن لم يعلم ما يقول فهو سكران ، ومن علم ما يقول فليس بسكران ، ومن اخبر الله تعالى انه لا يدري ما يقول . فلا يحل ان يلزم شيئا من الاحكام لا طلاقا ولا غيره لانه غير مخاطب اذ ليس من ذوي الالباب » .

٢ ـ واما ان اعتبار طلاق السكران عقوبة لمن سكر سكرا محرما فالله قد شرع عقوبة السكر فلا يجوز ان يعاقب المرء على جريمة اكثر من عقوبة واحدة.

قال الطحاوي : [4] « لا تختلف أحكام فاقد العقل بين أن يكون ذهاب عقله بسبب من جهته او من جهة غيره اذ لا فرق بين من عجز عن القيام في الصلاة

---

(١) الروض النضير ١٥١/٤ .

(٢) المغني ٢٥٥/٨ .

(٣) المحلى ٢٠٨/١٠ .

(٤) نيل الاوطار ٢٣٧/٦.

بسبب من قبل الله أو من قبل نفسه كمن كسر رجل نفسه فإنه يسقط عنه فرض القيام » .

٣ ـ واما قولهم ان ربط الأحكام بأسبابها أصل في الشريعة فهذا صحيح ولكن هذا السبب هو موضع الخلاف . فمن قال ان طلاق فاقد الارادة السكران الذي لايعي مايقول هو سبب يترتب أثره عليه (١) ؟...

٤ ـ وأما استدلالهم بقوله عليه السلام : كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه. فهذا حجة عليهم لأن المعتوه هو من لاعقل له أو من كان لايدرى مايتكلم به. وبعبارة أخرى هو من كان ضعيف الإدراك لايعي مايقول والسكران فاقد الادراك فطلاقه لايقع بالاولى .

الذين قالوا لايقع طلاق السكران :

وذهب الظاهرية والجعفرية وفريق من الشافعيـة والأحناف والزيدية والمالكية ورواية في مذهب أحمد رجحها فريق منهم بعدم وقوع طلاق السكران، وهو مذهب عثمان بن عفان .

وقال بعدم وقوعه أيضاً : القاسم بن محمد طاوس وربيعه بن عبد الرحمن والليث واسحاق ابن راهوية .

جاء في المحلى : (٢)« وطلاق السكران غير لازم » .

وفي السرائر :(٣)« قال ابو جعفر في نهايته: فان طلق الرجل امرأته وهو زائل العقل بالسكر او الجنون وما اشبهها كان طلاقه غير واقع ».

وجاء في المهذب في طلاق السكران: (٤) «وروي المزني أنه قال في القديم : لايصح ظهاره والطلاق والظهار واحد .

(١) زاد المعاد ٤/٤١ .
(٢) المحلى ١٠/٢٠٨ .
(٣) السرائر ٣٣٧ .
(٤) المهذب ٢/٨٢ وقد ذكر صاحب المهذب ان الصحيح هو الوقوع ايضاً : ومنهم من قال : يصح طلاقه قولا واحداً ولعل مارواه المزني حكاه الشافعي رحمه الله عن غيره .

فمن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما : لايصح وهو اختيار المزني وأبي ثور لانه زائل العقل فأشبه النائم أو مفقود الإرادة فأشبه المكره » .

وفي الفتح القدير[1] : وقال بعدم وقوعه :زفر وهو مختار الكرخي والطحاوي ومحمد بن سلمه من مشايخنا .

وجاء في مختصر الطحاوي [2]: في كتاب الأشربة : قال أبوجعفر :السكران عندي في أحكامه كالمجنون وبه نأخذ [3] .

ومن المالكية ذهب ابن رشد والباجي الى عدم وقوع طلاق السكران عديم التمييز

ورواية عند الحنابلة : جاء في الانصاف [4] والرواية الثانية ـ لا يقع : اختاره أبو بكر عبد العزيز وابن عقيل ، واختاره ابن رزين .

وقال الزركشي : ولايخفى أن أدلة هذه الرواية أظهر. ونقل أبو طالب: الذي لايأمر بالطلاق إنما أتى خصلة واحدة ، والذي يأمر به : أتى باثنين، حرمها عليه ، وأباحها لغيره .

ولهذا قيل : انها آخر الروايات .

وقد سبق أن ذكرنا أن مذهب عدم الوقوع هو مارجحه ابن تيمية وابن القيم ايضاً .

---

(١) فتح القدير ٣/٤٠ .

(٢) مختصر الطحاوي ص ٢٨٠-٢٨١ .

(٣) يقول الدكتور محمد يوسف موسى في كتابه الاحوال الشخصية في هامش الصفحة ص ٢٦٢ : «راجع مختصر الطحاوي ص ١٩١ ففيه ان طلاق السكران جائز عليه»
والحق ان الطحاوي ينقل في الصفحة المشار اليها رأي المذهب اما رأيه فقد أبانه صريحاً في باب الاشربة كما نقلنا عنه في المصدر السابق .

(٤) الانصاف ٨/٤٣٤.

وجاء في حواشي المنتزع المختار[1] في طلاق السكران : «وعند أحمد بن يحيى وابو طالب لا يلزمه شيء» .

أدلة القائلين بعدم وقوع طلاق السكران :

١ ـ ان السكران فاقد الإرادة فهو أشبه بالمجنون ومابنطق به لا يعبر عن قصد وتصميم فعبارته ملغاة لا أثر لها ، وكل مايصدر عن السكران من طلاق لا يؤاخذ به واستدلوا على هذا بحديثين :

أولهما ـ ماجاء في صحيح البخاري أن حمزة عم النبي صلى الله عليه وسلم دخل عليه مرة وهو سكران فقال له: « وهل أنتم إلا عبيد لأبي » فلم يكلمه الرسول عليه السلام بل تركه وخرج .

ووجه الاستدلال في هذا الحديث أن السكران لو كان مؤاخذاً بأقواله لاعتبر منه هذا الكلام ردة وكفراً ، ولما رأينا النبي عليه السلام يتركه ويخرج دون عقوبة فدل على أن السكران غير مؤاخذ بأقواله .

قال ابن حجر في هذا الحديث[2] :

« من أقوى أدلة من لم يؤاخذ السكران بما يقع منه حال سكره من طلاق وغيره ..»

وقد رد الآخرون على هذا الاستدلال بأن هذه القصة وقعت قبل تحريم الخمر وبذلك فقد سقط عنه حكم مانطق به .

ويمكن الجواب على هذا بأن الموضوع لا يتعلق بحرمة او اباحة شرب الخمر لاننا لم نتعرض الى عقوبة شارب الخمر في استدلالنا هذا . انما الامر يتعلق بمؤاخذة السكران بما يصدر عنه هل هو مسئول عن أقواله أم غير مسئول ؟.

---

(١) المنتزع المختار ٢/٣٨٣.

(٢) فتح الباري ٩/٣٢٠ وذلك حينما دخل علي بن ابي طالب يشكو الى النبي عليه السلام حمزة حيث بقر له بعيرين .

ثانيهما — ماورد في قصة ماعز حين أقر بالزنا أمام النبي صلى الله عليه وسلم فأمر من يستنكهه ليعرف هل هو سكران فلا يؤاخذه بأقواله أم هو صاح فيعاقبه [1] فدل هذا على أن السكران غير مؤاخذ [2] .

٢ — انه مذهب عثمان بن عفان إذ قال : ليس لمجنون ولا لسكران طلاق [3] .

قال ابن المنذر : هذا ثابت عن عثمان ولا نعلم أحداً من الصحابة خالفه [4] .

وهو رواية عن ابن عباس . جاء في منتقى الاخبار وقال ابن عباس : طلاق السكران والمستكره ليس بجائز [5] .

• • •

---

(١) زاد المعاد ٤/٠٤ وقصة ماعز انه جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له: يارسول الله طهرني قال : مم اطهرك ? قال : من الزنا ، قال رسول الله ابه جنون ?فأخبر انه ليس بمجنون فقال اشرب خمرا ، فقام رجل فاستنكهه فلم يجد منه ريح خمرة فقال رسول الله ازنيت ?.. قال : نعم فأمر به فرجم .

(٢) اما بالنسبة لتصرفات السكران الفعلية فمحل نزاع قال بعضهم انه غير مسئول والذين فرقوا بين اقواله وافعاله استندوا الى أمرين اساسيين :

١ — ان اسقاط افعال السكران ذريعة الى تعطيل القصاص اذ كل من اراد قتل غيره سكر حينئذ فلا يؤاخذ بجريمة القتل .

٢ — ان الغاء اقوال السكران لايترتب عليه مايترتب على افعاله لان القول المجرد من غير العاقل لامفسدة فيه بخلاف الافعال . الروض النضير ٤/١٥١ .

(٣) البدائع ٣/٩٩.

(٤) المغني ٢٥٦ .

(٥) منتقى الاخبار ٦/٢٣٥ .

والذي اراه : ان الأصل في الطلاق أن يكون عن عزم وتصميم والسكران هو فاقد الوعي لايعلم مايقول فما يصدر من فمه من ألفاظ لايعي لها معنى لانها لاتعبر عن ارادته والعبرة في كل تصرف أن يكون معبراً عما في نفس المكلف .

ولهذا فاني أرجح ماذهب اليه الفقهاء في عدم وقوع طلاق السكران فكل من سكر فثمل حتى لم يعد يعرف معاني الكلمات وألفاظها فلا يقع طلاقه ، سواء أكان سكره محرماً أم مباحاً كما لو كان للتداوي لأنه لايجوز ان يكون التفريق بين الزوجين عقوبة طلاق لمن يتعاطى السكر لان له عقوبة حددها الشارع له .

يقول ابن تيميه ؛ بعد ان رجح مذهب عدم وقوع طلاق السكران [1] : « ومن تأمل اصول الشريعة ومقاصدها تبين له ان هذا القول هو الصواب وان ايقاع طلاق السكرن قول ليس له حجة صحيحة يعتمد عليها» .

ما ذهب اليه القانون :

م ١ من القانون المصري و م ٨٩ من القانون السوري : لا يقع طلاق السكران .

ونلاحظ على هذه المواد انها لم تضع تعريفاً للسكران ونحن نرى انه لايجوز ان نقول لايقع طلاق كل سكران بل يشترط في السكران ان يصل به السكر الى الحد الذي لا يعلم به ما يقوله وما يتصرف به . حينئذ يكون فاقد الادراك اما اذا كان يعي مايقول ولو كان سكراناً فطلاقه واقع .

وهـذا ما ذهب اليه القانون المغربي حيث اشترط في السكران ان يصل به السكر الى درجة معينة .

الفصل التاسع والاربعون :

لايقع طلاق السكران الطافح .

. . .

طلاق الغضبان والمدهوش

طلاق الغضبان : قال بعض الفقهاء لا طلاق في الغضب واستدلوا بحديث روته السيدة عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : ـ لا طلاق ولا عتاق في اغلاق [٢] .

جاء في كتاب الفروع [١] روى الامام احمد : لا طلاق ولا عتاق في اغلاق . قال في رواية حنبل يريد به الغضب ذكره ابو بكر جزماً ولم يذكر خلافه ، وقال ابو داود واظنه الغضب .

وجاء اعلام الموقعين . [٢] في تفسير كلمة إغلاق : «وقال الامام احمد في رواية حنبل : هو الغضب ، وكذلك فسره ابو داود . وهو قول القاضي اسماعيل بن اسحاق احد ائمة المالكية ومقدم فقهاء اهل العراق منهم ، وهي عنده من لغو اليمين ايضاً ، فأدخل يمين الغضبان في لغو اليمين وفي يمين الاغلاق » .

وقد رأينا في بحث الاكراه من استدل بهذا الحديث على عدم وقوع طلاق المكره حيث فسر الاغلاق بالاكراه [٣] .

والحق كما يقول ابن القيم [٤] ان الغضبان قد اغلق عليه باب القصد شدة غضبة وهو كالمكره ، بل الغضبان اولى بالاغلاق من المكره لان المكره قد

---

(١) الفروع ٣/١٧٤ .

(٢) اعلام الموقعين ٣/٦٤ .

(٣) جاء في فتح الباري : الاغلاق : الاكراه على المشهور لان المكره ينغلق عليه تصرفه . وقيل هو العمل في الغضب . قال ابن المرابط : الاغلاق حرج في النفس وليس كل من وقع له فارق عقله .

(٤) اعلام الموقعين ٣/٦٥ .

(٥) هو عبد الله بن عباس

قصد رفع الشر الكثير بالشر القليل الذي هو دونه فهو قاصد حقيقة ، ومن هنا اوقع عليه الطلاق من اوقعه . واما الغضبان فان باب انغلاق باب القصد والعلم عنه كانغلاقه عن السكران والمجنون ، فان الغضب غول العقل يغتاله كما يغتاله الخمر ، بل اشد ، وهو شعبة من الجنون ، ولا يشك فقيه النفس في ان هذا لا يقع طلاقه ، ولهذا قال حبر الامة الذي دعا له رسول الله بالفقه في الدين : انما الطلاق عن وطر ، ذكره البخاري في صحيحه ، اي عن غرض من المطلق في وقوعه ، وهذا من كمال فقهه رضي الله عنه واجابة الله دعاء رسوله له ، اذ الالفاظ انما يترتب عليها موجباتها لقصد اللفظ بها ، ولذا لم يؤاخذنا الله باللغو في ايماننا .

. . .

طلاق المدهوش :

المدهوش هو من فقد تمييزه فترة من الزمن طلق فيها اي لم يكن في وعي تام فطلق وهو لا يقصد الطلاق لان ارادته غير صحيحة في ذاك الوقت .

ويقول ابن عابدين: « (١) فالذي ينبغي التعويل عليه في المدهوش ونحوه اناطة الحكم بغلبة الخلل في اقواله وافعاله الخارجة عن عادته . وكذا يقال فيمن اختل عقله لكبر او المرض او لمصيبة فاجأته فما دام في حال غلبة الخلل في الاقوال والافعال لا تعتبر اقواله. وان كان يعلمها ويريدها لان هذه المعرفة والارادة غير معتبرة لعدم حصولها عن ادراك صحيح .

والى هذا ذهب الاحناف ان طلاق المدهوش غير صحيح فبعضهم ألحقه بالجنون وبعضهم افرد له حالة خاصة كما فسرها ابن عابدين .

وجاء في الفتاوى الخيرية (٤) اذ المصرح به عدم وقوع طلاق المجنون والمعتوه والمدهوش و ...

---

(١) حاشية ابن عابدين ٢/٤٣٨ .

(٢) الفتاوى الخيرية ١/٣٧.

ويبدو لي ان طلاق المدهوش عند الاحناف كطلاق الغضبان عند الحنابلة فكل من الغضبان والمدهوش غير تام الوعي وغير صحيح الارادة فهو اذا طلق لم يعبر طلاقه عن قصده بالطلاق ولهذا لا يعتبر طلاقه .

ومما يؤيد وجهة نظري هذه ان ابن عابدين وهو يشرح طلاق المدهوش استشهد بابن القيم في شرحه طلاق الغضبان وقال : — والذي يظهر لي ان كلا من المدهوش والغضبان لا يلزم فيه ان يكون بحيث لا يعلم ما يقول بل يكتفي فيه بقلبه الهذيان واختلاط الجد بالهزل [1] .

والذي اراه انه لا بد من وضع ضابط صحيح معقول لوصف كل من الغضبان والمدهوش اذ لا يصح ان نقول ان نقول ان طلاق الغضبان لا يقع لاننا حينئذ لا نجد شخصاً يطلق زوجته وهو راض عنها وفي حالة الرضا اذ كل طلاق غالباً يكون في حالة غضب فهل نقول لكل اولئك ان الطلاق غير واقع [2] فلو كان الامر كذلك لم يقع على احد طلاق لان احداً لا يطلق حتى يغضب [3] .

لا بد في رأيي من وضع معيار دقيق للغضب والدهش وغيره طالما ان الاصل التعبير عن ارادة المطلق فكل طلاق يجب ان يصدر عن ارادة صحيحة ووعي تام وقصد اما اذا اختل الوعي فصدر عن الزوج طلاق وهو في حالة يغلب عليه فيها عدم الادراك التام بحيث يخلط بين الجد والهزل فلا يقع طلاقه .

وقد قسم ابن القيم الغضب الى ثلاث حالات في كتابه زاد المعاد — وقد نقلها عنه ابن عابدين ايضاً — [4] .

---

(١) حاشية ابن عابدين ٢/٤٣٨ .
(٢) الفواكه العديدة من كتب الحنابلة ٢/٥٤ فيه بحث قيم عن طلاق الغضبان.
(٣) الروض النضير ٤/١٦١ .
(٤) زاد المعاد ٤/٤٢ .

(١) ما يزيل العقل فلا يشعر صاحبه بما قال وهذا لا يقع طلاقه بلا نزاع .

(٢) مايكون في مباديه بحيث لايمنع صاحبه من تصور مايقول ويقصده ، فهذا يقع طلاقه بلا نزاع .

(٣) ان يستحكم ويشتد به فلا يزيل عقله بالكلية ولكن يحول بينه وبين نيته بحيث يندم على ما فرط منه اذ زال فهذا محل نظر وعدم الوقوع في هذه الحالة قوى متجه .

وبعدم ان ذكر ابن عابدين تقسيم ابن القيم للغضب قال : وهذا الموافق عندنا لما مر في المدهوش .

وبعد التفرقة بين طلاق الغضبان والمدهوش اخذ القانون السوري اذ نص : ـ

م ٨٩ ف١ لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره .

ف٢ المدهوش هو الذي فقد تمييزه من غضب او غيره فلا يدري مايقول .

* * *

المبحث الرابع

طلاق المخطىء

المخطىء من سبق لسانه الى لفظ لايقصد. فمن أخطأ لسانه ولفظ بالطلاق وهو لا يقصد ذلك بل يقصد معنى آخر كما لو اراد ان ينادي زوجته فأخطأ لسانه فقال لها أنت طالق فهل يقع طلاقه ؟ ..

قال الاحناف : يقع طلاق المخطيء لان القصد ليس شرطاً في صحة الطلاق .

وقال جمهور الفقهاء لايقع طلاق المخطىء :

الاحناف :

جاء في البدائع : «[1] .. وكذا كونه عامداً ليس بشرط حتى يقع طلاق الخاطىء وهو الذي يريد أن يتكلم بغير الطلاق فسبق لسانه بالطلاق لان الفائت بالخطأ ليس إلا – القصد وانه ليس بشرط لوقوع الطلاق كالهازل واللاعب

وذكر الكرخي عن محمد عن ابي حنيفة ان من اراد ان يقول لامرأته اسقيني ماء فقال لها : انت طالق وقع .

وفي الدر المختار : «[2] ان اراد التكلم بغير الطلاق فجرى على لسانه الطلاق او تلفظ به غير عالم بمعناه او غافلاً او ساهياً او بالفاظ مصحفه يقع قضاء فقط بخلاف الهازل واللاعب ، فأنه يقع قضاء وديانة لان الشارع جعل هزله به جداً .

دليل الاحناف :

استدل الاحناف على وقوع طلاق المخطىء أن الخطأ أمر باطني يعرف من

---

(١) البدائع ٣/١٠٠ .

(٢) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٢/٤٣٦ .

صاحبه وفي التعرف عليه حرج ومشقة . وظاهر الكلام الصريح لايحتاج الى قصد ونية لان الظاهر يقوم الباطن الباطن ويعبر عنه. فاذا مانطق الزوج بعبارة الطلاق وكان عاقلاً وقع طلاقه لانه لاعبرة بالقصد مع اللفظ الصريح كما في طلاق الهازل[1] حيث يصح طلاقه .

المالكية :

في شرح الخرشي[2] : من اراد ان يتكلم بغير الطلاق فالتوى لسانه فتكلم بالطلاق فلا شيء عليه ، ان ثبت سبق لسانه في الفتوى والقضاء. وان لم يثبت فلا شيء عليه في الفتوى ويلزمه في القضاء .

الشافعية :

جاء في نهاية المحتاج[3]: وان كان اسمها طارقاً او طالباً او طالعاً فقال ياطالق وقال اردت النداء باسمها فالتف الحرف بلساني صدق ظاهراً لظهور القرينة فان لم يقل ذلك طلقت .

وفي متن المنهاج[4] : ولو سبق لسان بطلاق بلاقصد لغا ، ولا يصدق ظاهراً إلا بقرينه .»

وقال في مغنى المحتاج[5]: «ولا يصدق ظاهراً في دعواه سبق لسانه بالطلاق

---

(١) فقه القرآن والسنة حسن مأمون ص ١٠٢ .

(٢) شرح الخرشي ٣/١٧٢ وفي الشرح الكبير الدرديري ٢/٤٢٨ ان قصد التكلم بغير لفظ الطلاق فزل لسانه فتكلم به فلا يلزمه شيء مطلقاً ان ثبت سبق لسانه وان لم يثبت قبل في الفتوى دون القضاء .

(٣) نهاية المحتاج ٦/٨٢ .

(٤) مغنى المحتاج ٣/٢٨٧

(٥) المصدر السابق ٣/٢٨٨ .

لتعلق حق الغير به . ولان الظاهر الغالب ان البالغ العاقل لايتكلم بكلام الا ويقصده .

. . .

الحنابلة :

جاء في المغنى[1]: «قال ابو بكر : لاخلاف عن أبي عبد الله انه اذا اراد ان يقول لزوجته اسقيني ماء فسبق لسانه فقال : انت طالق انه لاطلاق فيه .»

الزيدية :

في المنتزع المختار[2] : «اما لو لم يقصد ايقاع اللفظ بل سبقه لسانه فانه لا يقع الطلاق.»

وجاء في حاشية المنتزع المختار : ولا يقبل قوله انه سبقه لسانه الا مع قرينة تدل . نحو ان يكون اسم امرأته طارق فقلب الراء لاماً في ندائه من غير قصد ولا يقبل قوله الا مع مثل هذه القرينة .

الجعفرية :

جاء في جواهر الكلام[3] في بحث ركن القصد في الطلاق بعد أن ذكر من لايقع طلاقه قال : «والغالط الذي هو في الحقيقة لم يقصد اللفظ ولا المعنى لانه اراد ان يقول مثلاً انت طاهرة فسبق لسانه فقال طالق.»

الظاهرية :

جاء في المحلى[4]: «ومن طلق وهو غير قاصد الى الطلاق لكن أخطأ لسانه فان

---

(١) المغني ٨/٢٦٥.
(٢) المنتزع المختار ٢/٢٨٢ .
(٣) جواهر الكلام ٥/٢٧٣.
(٤) المحلى ١٠/٢٠٠ .

قامت عليه بينة قضى عليه بالطلاق . وان لم تقم عليه بينة لكن اتى مستفتياً لم يلزمه الطلاق ... واما اذا قامت بذلك بينة فانه حق قد ثبت . وهو في قوله لم أنو الطلاق مدع بطلاق ذلك الحق الثابت فدعواه باطل ».

وقال ابن حزم وبرهان ذلك :

١ — قوله تعالى: «ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ماتعمدت قلوبكم».

٢ — قوله صلى الله عليه وسلم : « إنما الاعمال بالنيات وإنما لكل امرىء مانوى ، فصح أن لاعمل إلا بنية ولا نية إلا بعمل .

٣ — قضاء عمر بن الخطاب : وذلك في امرأة قالت لزوجها سمني خلية طالق فقال لها فأنت خلية طالق ، ثم اتت عمر بن الخطاب وقالت له ان زوجي طلقني فجاء زوجها فقص عليه القصة فأوجع عمر رأسها وقال لزوجها : خذ بيدها واوجع رأسها .

ادلة الجمهور في عدم صحة طلاق المخطىء :

ويمكن اضافة ادلة اخرى غير التي ساقها ابن حزم في الاستدلال على رأيه بعدم وقوع طلاق المخطىء .

ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم :[1]

١ – عن أبي ذر الغفاري قال رسول الله : ان الله تجاوز لي عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه .

٢ – وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله : ان الله تجاوز لامتي عما توسوس به صدورها مالم تعمل به او تتكلم به وما استكرهوا عليه .

٣ – وعن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : ان الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه .

---

(١) سنن ابن ماجه ٣٢٢/١.

والذي نراه سداً لباب الاحتيال والتلاعب وضماناً لحقوق الزوجة الأخذ برأي الاحناف بوقوع الطلاق الا اذا قامت قرينة على أن الزوج لم يقصد الطلاق، بحيث يثبت ان لفظه كان خطأ فنأخذ برأي الجمهور بعدم وقوع طلاقه. أي متى ظهر لنا أن الزوج تلفظ بالطلاق وهو لا يقصد معناه بل قصد معنى آخر، فأخطأ لسانه بلفظ الطلاق بلسانه فلا يقع.

ويرجح استاذنا الشيخ محمد أبو زهرة عدم وقوع طلاق المخطىء مطلقاً. فقد جاء في كتابه الاحوال الشخصية[1] بعد ان ذكر ان القانون في طلاق المخطىء على مذهب أبي حنيفة بوقوع طلاق المخطىء.

قال فضيلته: ومن المستحسن ان يغير ذلك، ليتم العمل بالحديث رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولأن الطلاق شرع للحاجة، فلابد من قصد صحيح اليه، لحاجة باعثة عليه.

وخلاصة ما نراه في هذا الفصل:

انه لابد في الطلاق من قصد ولفظ يدلان عليه فاذا افترق اللفظ عن القصد فلا يقع به طلاق وكذلك لا يقع الطلاق بمجرد النية.

كما أن كل عيب في الارادة او صدور أي لفظ من الرجل لا يقصد به الطلاق فلا يقع.

فالطلاق كما نرجحه يجب ان يتوافر فيه القصد مع اللفظ. وهو ماذهب اليه الظاهرية والجعفرية وهو أقرب الى المصلحة والى روح نظام الطلاق كما شرعه الله في القرآن الكريم وما جاء في السنة النبوية وفيه تضييق من دائرة الطلاق.

ومع هذا فاننا نرى سداً للذرائع وعدم الاحتيال وللاستقرار الزوجي ان الزوج اذا طلق زوجته بارادة صحيحة ولفظ صريح ولم تقم القرائن على هزله فيما يتلفظ به فطلاقه واقع وان لم ينوه. هذا في القضاء واما بينه وبين الله فلا يقع طلاقه إلا اذا نوى بذلك الطلاق.

---

(١) الاحوال الشخصية قسم الزواج ص ٢٨٨ .

الفصل الثالث

المطلق – الزوج

الأصل في الطلاق ان يكون بيد الرجل لعموم آيات الطلاق في القرآن الكريم . ولقوله صلى الله عليه وسلم انما الطلاق بيد من اخذ بالساق [1] .

ويبدو لي ان هذا ليس على سبيل الحصر بحيث لا يجوز لغير الرجل ان يطلق [2] فقد يطلق القاضي ولو ابى الزوج الطلاق . كما يجوز للزوج ان يفوض الزوجة بالطلاق او ان يوكل غيرها بذلك .

ولما كان موضوع تطليق القاضي سوف نبحثه في باب مستقل فستتناول في هذا الفصل المبحثين التاليين :

١ – شروط الزوج المطلق .

٢ – الانابة في الطلاق .

• • •

---

(١) كشف الخفاء ١/٢١٤ .

(٢) ويؤيد ماذهبنا اليه بعدم الحصر قصة هذا الحديث :

« عن ابن عباس قال : اتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال يارسول الله سيدي زوجني امته وهو يريد ان يفرق بيني وبينها قال : فصعد رسول الله المنبر فقال : ايها الناس مابال احدكم يزوج عبده امته ثم يريد ان يفرق بينهما . انما الطلاق بيد من اخذ بالساق » . واخرجه الطبراني عن عصمة بن مالك :

فالحديث يدل على ان السيد لايملك طلاق زوجة عبده . ولم يكن مراد النبي صلى الله عليه وسلم ان يقول لااحد يملك الطلاق الا الرجل .

المبحث الاول

شروط الزوج المطلق

الركن الثالث في الطلاق هو الزوج فيشترط فيه ان يكون بالغاً عاقلاً فلا طلاق من الصبي ولا المجنون ولا المعتوه لان العقل شرط اهلية التصرف [1].

ولا خلاف بين الفقهاء في ذلك الا ماروى في مذهب احمد من جواز طلاق الصبي اذا كان يعقل معنى الطلاق .

ودليل جمهور الفقهاء فيما ذهبوا اليه :

١ ـ قوله صلى الله عليه وسلم : رفع القلم عن ثلاثة : النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يعقل او يفيق [2].

٢ ـ وروى عن علي بن ابي طالب [3] كل الطلاق جائز الا طلاق المعتوه [4].

وهذه آراء الفقهاء [5] :

الاحناف : جاء في الجوهرة [6]: «ولا يقع طلاق الصبي والمجنون لانه ليس لهما قول صحيح وكذا المعتوه لايقع طلاقه .»

---

(١) والفرق بين المجنون والمعتوه ان المعتوه هو القليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير لكن لايضرب ولايشتم بخلاف المجنون . ابن عابدين ٢/٤٣٧) .

(٢) ابن ماجة ١/٣٢٢

(٣) فتح الباري ٩/٢٢٣ .

(٤) وذلك بعد ان ذكر حكم المجنون الصبي النائم .

(٥) سنبحث هنا عوارض الاهلية بالنسبة للزوج المطلق وقد بحثنا عيوب الرضى في فصل القصد في الطلاق والفرق بينهما واضح فعوارض الاهلية امور طارئة للانسان تؤثر في عقله ولها صفة الاستمرار اما عيوب الرضا فهي امور وقتية تطرأ للشخص تجعل رضاه معيباً . راجع عوارض الاهلية الدكتور حسين النوري ص ٩٦ ـ ٩٧ .

(٦) الجوهرة ٢/٣٣ .

الشافعية : وجاء في المهذب[1] : «ويصح الطلاق من كل زوج بالغ عاقل لقوله عليه السلام : رفع القلم عن ثلاثة . . .

واما الصبي فلا يصح طلاقه . . . فأما من لا يعقل ، فانه لم يعقل بسبب يعذر فيه كالنائم والمجنون والمريض لم يقع طلاقه لانه نص في الخبر على النائم والمجنون وقسنا عليهما الباقين .»

المالكية : جاء في بداية المجتهد[2] : «واما طلاق الصبي فان المشهور عن مالك انه لا يلزمه حتى يبلغ والقول الثاني : انه يلزمه اذا ناهز الاحتلام » .

وقال الدردير[3] : « ولا يقع الطلاق من مجنون ولو غير مطبق اذا طلق حال جنونه . »

الزيدية : جاء في التاج المذهب[4] في بحث شرائط الطلاق : « ان يكون ذلك الطلاق من مكلف وهو البالغ فلا يصح من صبي ولو كان مميزا ولو اذن له وليه في ذلك ولا من المجنون والمعتوه » .

الجعفرية : في الروضه البهيه[5] : « ويعتبر في المطلق البلوغ فلا يصح طلاق المجنون المطبق مطلقاً ولا غيره في حال جنونه .»

وفي جواهر الكلام[6] وفي المعتوه خلاف حسب تمييزه الطلاق .

الحنابله : في المغنى[7] : «واما الصبي الذي لا يعقل فلا خلاف في انه لا يملك حق الطلاق . واما الذي يعقل الطلاق ويعلم ان زوجته تبين به وتحرم عليه فأكثر الروايات عن احمد ان طلاقه يقع وروى ابو طالب عن احمد لا يجوز طلاقه حتى يحتلم .. لانه غير مكلف فلم يقع طلاقه كالمجنون .»

---

(١) المذب ٨٢/٢ .
(٢) بداية المجتهد ٤٩/٢
(٣) حاشية الدسوقي ٤٢٧/٢
(٤) التاج المذهب
(٥) الروضة البهية ١٤٨/٢.
(٦) جواهر الكلام ٢٧٢/٥
(٧) المغني ٢٥٨/٨

وفي الانصاف[1]: «يصح طلاق الصبي العاقل على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الاصحاب[2]».

هل للولي ان يطلق عن الصغير او المجنون ؟..

قلنا ان الطلاق بيد الزوج وليس لغيره ان يطلق الا القاضي او من يفوض اليه الزوج امر الطلاق من زوجة او غيرها ؟.. فاذا كان الزوج غير مكلف وطالبت الزوجة الطلاق او لم تطلب فهل لولي الزوج القاصر ان يطلق عنه ؟..

قال الاحناف والزيدية والشافعية : ليس للولي على النفس ان يطلق على موليه ابدا . وان كان له ان يزوجه .

جاء في مغنى المحتاج في شروط الطلاق[3] : كونه من زوج او وكيله فلا يقع طلاق غيره الا في المولي يطلق عليه الحاكم[4] .»

وفي التاج المذهب[5]: «ولا يصح (الطلاق) من غير الزوج او وكيله ، ولا من ولى الصبي والمجنون .»

وقد ذكر ابن عابدين في رد المحتار[6]: «انه لايصح طلاق المولي نيابة عن الصغير او المجنون .»

---

(١) الانصاف ٨/٣١؛

(٢) قال ابن الهمام في فتح القدير ٣/٣٨ «معلوم من كليات الشريعة ان التصرفات لاتنفذ الا ممن له اهلية التصرف وأدناها بالعقل والبلوغ خصوصاً ماهو دائر بين الضرر والنفع كالطلاق فانه يستدعي تمام العقل ليحكم به التمييز في ذلك الامر . ولم يكف عقل الصبي العاقل لانه لم يبلغ الاعتدال بخلاف ماهو حسن لذاته بحيث لايقبل السقوط وهو الايمان حتى صح من الصبي العاقل ولو فرض لبعض الصبيان المراهقين عقل جيد لايعتبر لان المدار صار البلوغ لانضباطه فتعلق به الحكم وكون البعض له ذلك لايبني الفقه باعتباره لانه انما يتعلق بالكلية .

(٣) مغني المحتاج ٣/٢٧٩.

(٤) اذا آلى الزوج من زوجته ومضت أربعة اشهر امره القاضي بالفيء أوالطلاق فأن أبى طلق عليه واما في سائر الفرق التي يفرق القاضي بها بين الزوجين ، فيعتبر في المذهب الشافعي فسخاًلاطلاقاً .

(٥) التاج المذهب ٢/١٠٨ .

(٦) حاشية ابن عابدين ٢/٤٢٨.

وعند الحنابلة روايتان في طلاق الولي .

جاء في المحرر[1] : « لايقع الطلاق الا من زوج . وعنه : ان والد الصبي والمجنون يطلق عنهما . »

واما عند المالكية فيجوز لولي الصغير او المجنون الطلاق عليهما كما جاء في حاشية الدسوقي[2] ومواهب الجليل[3] وشرح الخرشي[4] .

وفرق الجعفرية بين المجنون والصبي فقالوا يجوز طلاق ولي المجنون ولا يجوز طلاق ولي الصبي .

جاء في جواهر الكلام[5] : « ولو طلق وليه عنه لم يصح بلا خلاف (الصبي) بخلاف ولي من اعتراه الجنون بعد بلوغه باعتبار عدم امد له ينتظر . »

وفي الروضه البهيه[6] : « ويطلق الولي وهو الاب والجد له مع اتصال جنونه لصغره ، والحاكم عند عدمهما عن المجنون المطبق مع المصلحة لا عن الصبي لان له امدا يرتقب ويزول نقصه فيه . »

والذي نراه ان الطلاق كسائر التصرفات لابد فيه من كمال الاهلية فلا طلاق من صبي ولا من مجنون ونظراً للمصلحة وللضرورة في كثير من الحالات فاننا نميل الى اعطاء هذا الحق للقاضي .

والقواعد العامة تقضي بان ممارسة هذا الحق تتعلق باهلية المدعي لا أهلية المدعى عليه ، فاذا كانت الزوجة كبيرة ورفعت الدعوى على زوجها المجنون طالبة التفريق للضرر فعلى القاضي ان يتولى التفريق نيابة عن الزوج لرفع

---

(١) المحرر ٢/٥٠ .
(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٢/٤٢٧ .
(٣) مواهب الجليل ٤/٢٦ .
(٥) شرح الخرشي ٣/١٧١
(٦) جواهر الكلام ٥/٢٧١
(٧) الروضة البهيه ٢/١٤٨

الظلم حيث تعذر الامساك بالمعروف وهذا ماعليه العمل في قوانين البلادالعربية حيث لايجوز للولي الطلاق نيابة عن الزوج انما للقاضي هذا الحق .

واما الصبي فلم يعد بين قوانين البلاد العربية من يسمح بزواج من كان دون سن البلوغ فلم يعد للامر أهمية .

وقد نص القانون السوري في مادته ٨٥ : ان الزوج يكون متمتعاً بالاهلية الكاملة للطلاق في تمام الثامنة عشرة من عمره .

ونص أيضاً : انه يجوز للقاضى ان يأذن بالتطليق او يجيز التطليق الواقع من البالغ المتزوج قبل الثامنة عشرة اذا وجد المصلحة في ذلك .

وقد انتقد فضيلة استاذنا الشيخ علي الخفيف هذه المادة فقال[1]: «وفي رأيي أن هذا ليس من الأمور التي يجوز لولي الامر فيها ان يحد حدودا يلزم الناس بها اذ أن من يطلق زوجته قبل بلوغه الثامنة عشرة وهو بالغ بالعلامات كيف يستمر حلها له واعتبارها زوجة له وقد طلقها فانقضت زوجيتها » .

وسبب النص على سن معين للطلاق ان القانون السوري حدد سنا معيناً للزواج هو الثامنة عشر بحيث لايجوز العقد قبل هذا السن فليس من المعقول ان يحدد سنا للزواج ويبيح الطلاق لمن هو دون هذا السن[2] .

• • •

---

(١) فرق الزواج ص٥٨ .

(٢) يقول استاذنا الدكتور السباعي في كتابه شرح قانون الأحوال الشخصية :

لعل القانون اعتبر الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الاهلية المالية في الزوجين لأنه عقد تترتب عليه التزامات مالية وواجبات اجتماعية وعائلية . وقد تعقدت الحياة فكثرت تكاليفها وتطلباتها فليس من المصلحة ان يعطى الزوج – فتى أو فتاة – صلاحية الاقدام عليه من غير نضج فكرى وخبرة مالية ومعرفة بشؤون الحياة وقدرة على القيام بالاعباء الزوجية وذلك انما يكون ببلوغ سن الرشد المالي .

وقد نصت م ١٦ : تكمل أهلية الزواج على الفتى بتمام الثامنة عشرة وفي الفتاة بتمام السابعة عشرة من العمر .

=

طلاق السفيه

واما طلاق السفيه [1]

فيصح طلاقه عند جمهور الفقهاء[2] وقال الجعفرية [3] يصح طلاقه بما لا يوجب مالا .

وفي رأيي ان السفيه الذي لايملك التصرف في أمواله لعدم رشده والدلالة على اضطراب عقله وضعف تدبيره كيف نسمح له بطلاق زوجته؟.. وهل هذا اقل اهمية واضعف اثرا من التصرف في القليل من ماله ؟. وحتى من الناحية المالية اليس في الطلاق تبعات مالية من دفع مؤخر الصداق ونفقة العدة وقد يسبب له الطلاق الزواج ثانية فيكبده اموالا اخرى ؟. إن من لايحسن التصرف في امواله جدير به الا يحسن التصرف في بيته فيسيء الى زوجته فيطلقها . إن من المصلحة ان يحجر على السفيه في طلاقه كما يحجر عليه في امواله .

***

= م ١٨ : اذا ادعى المراهق البلوغ بعد إكماله الخامسة عشر او المراهقة بعد إكمالها الثالثة عشرة وطلبها الزواج يأذن به القاضي اذا تبين له صدق دعواهما واحتمال جسميهما .

وقد انتقد استاذنا الدكتور السباعي تعيين سن الفتاة بعد أن بيّن وجهة نظر القانون . وفي رأي فضيلته أنه يكفي البلوغ الطبيعي على أن لا يقل عن الثالثة عشر من العمر .

على أنه مما يجدر ذكره انه لم يبق للقاضي أن رفض الاذن بزواج فتاة بلغت الثالثة عشر من عمرها .

(١) السفيه كما عرفته مجلة الاحكام العدلية م ٩٤٦ هو الذي ينفق ماله في غير موضعه ويبذر في نفقاتها ويضيع امواله ويتلفها بالإسراف . راجع شرح المجلة للاستاذ سليم باز .

(٢) مغني المحتاج ٢٧٩/٣ المغني ٢٥٨/٨ الشرح الكبير الدردير ٤٢٧/٢ .

(٣) المختصر النافع ص ١٦٥ مباحث الحكم عند الفقهاء والاصوليين للدكتور مدكور ص ٣١٥ التوضيح والتلويح ص ٢١٨/٣ كشف الاسرار ٤ /١٤٩٢ .

المبحث الثاني

الانابة في الطلاق

تفويض الطلاق الى الزوجة :

قلنا ان الاصل في الطلاق ان يكون بيد الرجل وقد يكون بحكم القاضي في حالات معينة بناء على طلب احد الزوجين فهل للزوج ان يفوض امر الطلاق الى زوجته فتطلق نفسها ؟ ام لا يجوز ذلك لانه حق لا يصح التنازل عنه للغير[1]

ذهب جمهور الفقهاء الى انه يجوز للزوج ان يفوض امر الطلاق الى زوجته.

وخالف الظاهرية فقالوا : لا يجوز للزوج ان يفوض امر طلاق زوجته الى الغير .

والاصل في هذا : ان نساء النبي صلى الله عليه وسلم شكون اليه في يوم ما قلة النفقة فنزل قوله تعالى[2] : « يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن واسرحكن سراحاً جميلا . وان كنتن تردن الله ورسوله والدار الاخرة فان الله اعد للمحسنات منكن اجرا عظيما . »

---

(١) أما طلاق الفضولي فقد أجازته اكثر المذاهب كالمالكية والاحناف والحنابلة والزيدية ومنعته مذاهب اخرى كالظاهرية والجعفرية . راجع حاشية الدسوقي ٢/٤٢٧ شرح الخرشي ٣/١٧٢ حاشية ابن عابدين ٢/٤٣٦ ، المحرر ٢/٥٠ التاج المذهب ٢/٢٠٠ .

(٢) سورة الاحزاب الآيتان : ٢٨ و ٢٩ .

وفي فهم هذه الاية والاستدلال بها انقسم الفقهاء الى ثلاثة اراء :

١ - فجمهور الفقهاء قالوا : ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل لزوجاته حق الخيار بين البقاء او الفراق ، وعلى هذا فالزوج اذا خير زوجته فان اختارته فلا شيء وان اختارت نفسها كان ذلك طلقه واحدة .

٢ - وقال الظاهرية : ليس الخيار في الاية بين البقاء والفراق انما الخيار بين الدنيا والاخرة .

٣ - وقال علي بن ابي طالب وزيد بن ثابت : ان اختارت الزوجة نفسها فطلقه بائنة وان اختارت زوجها فطلقه رجعية [١] .

(١) **ادلة الجمهور :**

١ - ان الله جعل اختيار الزوجات للدنيا -- في الاية الكريمة - اختيارهن للطلاق وذلك لقوله تعالى :

« ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن واسرحكن سراحاً جميلا . » والمتعة لاتكون الا بعد الطلاق فدل على ان اختيارهن الدنيا معناه طلاق انفسهن بهذا الاختيار .

٢ - وبما جاء في صحيح البخاري [٢] : « عن عائشة رضي الله عنها قالت : خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترنا الله ورسوله فلم يعدّ ذلك علينا شيئاً » . وفي رواية : فلم يعدّه طلاقا [٣] فدل على انه لو اخترن انفسهن لكان طلاقا .

(٢) واستدل الظاهرية على رأيهم بالآية الكريمة بتفسير آخر فقالوا :

١ - قوله تعالى : « ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها » الى قوله وان كنتن تردن الله ورسوله والدار الاخرة تدل على ان التخيير بين الدنيا والاخرة لا بين الفراق والبقاء » .

---

(١) البدائع ٣/١١٩ .

(٢) صحيح البخاري ٩/٣٠٢ وسند الحديث : حدثنا عمر بن حفص حدثنا الاعمش حدثنا مسلم عن مسروق عن عائشة .

(٣) زاد المعاد ٤/٦٧ .

٢ - ثم قوله تعالى . « فتعالين امتعكن » اي ان اخترتن الحياة الدنيا فتعالين اطلقكن وامتعكن فالله سبحانه وتعالى أمر نبيه عليه السلام ان يطلقهن اذا اخترن الدنيا ولم يوجب ذلك وقوع طلاق باختيارهن [١] .

. . .

رد الجمهور :

وقد رد جمهور الفقهاء على من قال : ان اختارت زوجها فطلقه رجعية وان اختارت نفسها فطلقة بائنة ان التخيير يفيد ترديد بين شيئين فلو كان اختيارها لزوجها طلاقا لاتحد الامران اذ في كل منهما فرقة فدل على ان اختيارها لنفسها بمعنى الفراق واختيارها لزوجها بمعنى البقاء .

وردوا على الظاهرية ايضا بقوله عليه السلام بما روته السيدة عائشة قالت :

لما نزلت: «وان كنتن تردن الله ورسوله» دخل عليّ النبي صلى الله عليه وسلم فبدأبي فقال : ياعائشة اني ذاكر لك امراً فلا عليك ان لاتعجلي فيه حتى تستأمري ابويك قالت : قد علم الله تعالى ان ابوي لم يكونا يأمرانني بفراقه قالت فقرأ علي : يا ايها النبي قل لازواجك .. فقلت أفي هذا استأمر ابوي فاني اريد الله ورسوله [٢] .

فقوله صلى الله عليه وسلم : اني ذاكر لك امرا فلا عليك ان لاتعجلي فيه حتى تستأمري ابويك واستشار الوالدين لايكون في الخيار بين الدنيا والاخرة اذ لايحتاج مثل هذا الامر الى بيان بل ان الاستشار هنا كان بين البقاء او الفراق.

---

(١) المحلى ٢١٦/١٠ الفتح الباري ٣٠٢/٩ .
(٢) أحكام القرآن للجصاص ٤٣٩/٣ .

اراء المذاهب في تفويض الزوجة طلاق نفسها :

الاحناف :

للزوج ان يوكل غيره بطلاق زوجته . والوكيل يعبر عن رأي الموكل فليس له التصرف في غير ما وكل به . هذا الغير قد يكون اجنبياً وقد يكون الزوجة نفسها وحينئذ يسمى التوكيل تفويضا لان الزوجة تتصرف برأيها فتطلق نفسها ان شاءت أو تبقى على الزوجية فهي لاتعبرعن رأي زوجها كما في التوكيل .

واذا فوض الزوج امر الطلاق الى زوجته كانت عصمتها بيدها تطلق نفسها متى شاءت وفي هذا اعطاء الحرية للزوجات في طلاق انفسهن متى اردن ذلك.
وسنبحث في هذا الموضوع

١) الصيغة التي يتم فيها التفويض .

٢) الوقت الذي ينشأ فيه .

٣) تكييف التفويض .

٤) اثار التفويض .

. . .

١ ـ صيغة التفويض :

١)ـ **من حيث اللفظ**[١]: تكون صيغة التفويض بلفظ صريح كما تكون بلفظ كناية والفرق بينهما كما في الطلاق ان اللفظ الصريح لايحتاج فيه الى نيـة بينما لفظ الكناية لايقع به الطلاق الا بالنية أو دلالة الحال .

فمن الفاظ التفويض الصريحة قوله لزوجته : طلقي نفسك . فاذا قالت طلقت نفسي وقع الطلاق .

ومن الفاظ الكناية : اختاري نفسك ، وامرك بيدك ، فاذا قال الزوج لزوجته اختاري نفسك ونوى بذلك تفويض الطلاق اليها فقالت اخترت نفسي ونوت الطلاق وقع الطلاق . اما اذا لم تذكر كلمة نفسي او قالت اخترت زوجي او لم تنو الطلاق فلا يقع الطلاق .

٢)ـ **من حيث التعميم والتقييد**[٢] : الصيغة التي يتم بها التفويض اما ان تكون مقيدة بزمن معين . او ان تكون صيغة عامـة في جميع الازمان . او تكون الصيغة مطلقة عن التقييد والتعميم .

أ ـ فالصيغة ان كانت مقيدة بزمن معين كما لو قال الزوج لزوجته : طلقي نفسك خلال هذا الشهر ، ففي هذه الحالة تملك الزوجة تطليق نفسها خلال الشهر المعين لها بحيث لو مضى ولم تطلق نفسها زال حقها في هذا الطلاق . فلو كانت الزوجـة غائبة عن مجلس التفويض وبلغها امر ذلك بعد مضي شهر فطلقت نفسها لم يقع طلاقها والزوجية قائمة .

ب ـ وقد تقترن صيغة التفويض بما يدل على التعميم في جميع الازمان كأن يقول لها : طلقي نفسك كلما شئت او متى شئت فهذه صيغة عامة تملك الزوجة

---

(١) المبسوط ٦/٢١٠ .

(٢) البدائع ٣/١٢٩ .

بموجبها تطليق نفسها في أي وقت شاءت .

جـ ـ اما اذا كانت عبارة التفويض مطلقة عن التقييد والتعميم كقوله لها : طلقي نفسك دون ان يحدد زمناً ففي هذه الحالة لاتملك طلاق نفسها الا وهي في المجلس فلو قامت من مجلسها زال حقها ولا تملك بعدئذ الطلاق الا بتفويض جديد . وان كانت غائبة عن مجلس التفويض فيقيد حقها بالصيغة المطلقة بالمجلس الذي تخبر فيه امر التفويض .

. . .

وقد اصدرت محكمة طنطا الشرعية حكما وأيد استئنافا [1] : ان التفويض اذا كان حين عقد الزواج بصيغة مطلقة لايتقيد بالمجلس وللزوجة ان تطلق نفسها متى شاءت والا خلا التفويض من الفائدة . وقد كان هذا الحكم محل نقاش بين الفقهاء .

قال الشيخ عبد الوهاب خلاف رحمه الله[2]: « وهذا الحكم ظاهره مخالف لما تقدم من ان صيغة التفويض المطلقة تفيد التمليك في المجلس فقط الا ان يقال ان التفويض اذا كان حين عقد الزواج فهو مقترن بقرينة حالية تدل على التعميم . اذ لايعقل ان يقصد المفوض تمليكها تطليق نفسها في خصوص مجلس زواجها . فالصيغة بدلالة الحال تفيد التعميم وهم لم يشترطوا ان يدل على تعميم التفويض دليل لفظي فيشمل دلالة الحال ودلالة اللفظ فتكون الصيغة المطلقة للتفويض حين العقد في معنى صيغة التفويض المقرونة بما يفيد التعمم فهي مطلقة لفظا فقط . »

ويقول استاذنا الشيخ محمد ابو زهرة [3] : « ولكن استحسنت بعض المحاكم الشرعية ان يعم التفويض كل الاوقات ويكون الامر كما لو قالت متى شئت

---

(١) العدد ١٢ من مجلة الاحكام الشرعية السنة الثانية .

(٢) الاحوال الشخصية الشيخ عبد الوهاب خلاف ص ١٢٥ .

(٣) الاحوال الشخصية قسم الزواج الشيخ محمد أبو زهرة ص ٣٢٢ .

لأن ذلك هو مرادها وقرينة الحال تؤيده اذ المعقول انها ما تزوجت لتطلق نفسها في الحال ، بل لتملك ذلك الحق في المآل . والالفاظ تفسر باغراضها ومراميها . واني اميل الى ذلك الاستحسان وانه فقه مستقيم . »

اما فضيلة الاستاذ الشيخ احمد ابراهيم فقد انتقد الحكم المذكور لمخالفته المذهب الحنفي وهو المرجع للقضاء في هذه الحالة فقال في كتابه الاحوال الشخصية [1] :

ان المحاكم الشرعية مقيدة بان تحكم بأرجح الاقوال من مذهب أبي حنيفة وليس ماحكمت به المحكمة ارجح الاقوال من مذهب ابي حنيفة ولا هو قول في المذهب . وغاية مايقال انه جرى عرف الناس انهم يفوضون الطلاق بمثل هذا اللفظ ولا يقيدونه بعموم المشيئة وهم يريدون باستعماله كذا التعميم ولو لم ينصوا عليه ، والعرف في الشرع له اعتبار . فهل عرف الناس عموماً هكذا أو هو جهل باستعمال العبارات في معانيها المرادة بها شرعاً . وهل يعذر الانسان بجهله استعمال اللفظ في غير المعنى الذي حدده له الشارع ويقبل منه استعماله في غيره لان العرف يسعده وما قيمة العرف ازاء هذا الاجماع المسلم عند علماء المذهب ؟...

ويقول : فالذي اراه ان العبارات التي عين معانيها الشرع وحددها اذا استعملها القوم مريدين بها غير ماعينه لها الشارع من المعنى فلا يقبل ذلك منهم ولا يلتمس لهم عذر فيه .

• • •

٢ ــ الوقت الذي ينشأ فيه التفويض :

يجوز تفويض الطلاق الى الزوجة اثناء عقد الزواج وبعده . فاذا فوض الزوج لزوجته طلاق نفسها حين انشاء عقد الزواج فلا يصح الا اذا كان الموجب

(١) الاحوال الشخصية . الشيخ احمد ابراهيم ص ٢٧٣ .

هو الزوجة كأن تقول امرأة لرجل : زوجت نفسي منك على ان يكون امر طلاقي بيدي اطلق نفسي متى شئت فقال لها : قبلت ، تم العقد والتفويض صحيح . بعكس ما لو قال لها تزوجتك على ان امرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت فقالت قبلت ، يتم العقد ولا يصح التفويض .

والفرق بين الحالين ان الزوجة اذا بدأت صيغة العقد وقبل الزوج فانما قبوله التفويض بعد تمام عقد الزواج . اما لو بدأ الصيغة الزوج فانه يملكها الطلاق في وقت لايملكه لانه لم يتم الزواج حينما فوض اليها امر طلاقها [1] .

واما التفويض بعد العقد فيجوز في كل وقت لان الزوج يملك الطلاق ومن ملك شيئاً جاز له التصرف فيه من توكيل او تفويض او تمليك .

. . .

٣ – تكييف التفويض :

التفويض عند الاحناف له شبه بالتمليك والتعليق والتوكيل في حالات معينة ويختلف عنها في حالات اخرى :

فالتفويض يخالف التوكيل ويشبه التمليك :

١ – المفوض اليه يعمل بمشيئة نفسه . اما الوكيل فيعمل بمشيئة موكله ، والاول يعمل لمصلحته والثاني لمصلحة غيره .

٢ – في التفويض المطلق عن الزمن يتقيد المفوض اليه في الطلاق مادام في المجلس الذي هو فيه . اما في التوكيل فلا يتقيد الوكيل بالمجلس فيصح للوكيل ان يطلق متى اراد .

---

(١) وجاء في الفتاوى المهدية ١/٢٠٠ تزوجها على أن امرها بيدها إن بدأت به صح وإلا فلا .

والتفويض يخالف التوكيل ويشبه التعليق :

١ - في التفويض لا يجوز للزوج الرجوع عما فوض به؛ لان التفويض في معنى التعليق . فالزوج حين يفوض زوجته بطلاق نفسها فكأنه يقول لها ان طلقت نفسك فانت طالق ، وتعليق الطلاق لا يجوز الرجوع فيه ، لان التعليق يمين واليمين لا يجوز الرجوع عنها .

امافي التوكيل فيجوز للوكيل الرجوع عن وكالته لان الوكالة عقدغير لازم .

٢ - اذا جن الزوج بعد تفويضه فلا يتأثر المفوض اليه بذلك لان التفويض تعليق فكأنه علق طلاق زوجته على تطليق من فوضه بذلك .

امافي التوكيل فان الوكيل ينعزل بجنون الموكل .

٣ - في التفويض لا يشترط ان يكون المفوض اليه بالغا او عاقلا اما في الوكالة فيشترط ذلك .

. . .

والتفويض يشبه التوكيل ويخالف التمليك :

١ - ان التفويض كالتوكيل كلاهما لا يسلب حق الزوج بالطلاق. فلو وكل آخر بطلاق زوجته او فوض الى زوجته أمر طلاقها فله في الحالين حق ايقاع الطلاق على زوجته .

وهـذا بخلاف التمليك . فلو تم نقل الملكية من شخص لآخر فلا يملك من انتقلت منه الملكية حق التصرف فيها .

٢ - ان التفويض لشبهه بالتعليق لا يحتاج الى قبول المفوض اليه. اما في

---

(١) البدائع ١١٧/٣ .

التمليك فلا بد من الايجاب والقبول فاذا فوض الزوج زوجته طلاق نفسها فسكتت فلا يملك حق الرجوع في تفويضه ولولم تقل قبلت .

اما في التمليك ، فلو قال البائع للمشتري بعتك وسكت المشترى فلا ينعقد البيع الا بقوله اشتريت .

٤ ـ اثار التفويض :

اذا فوض الزوج طلاق زوجته الى الغير سواء أكان هذا الغير هو الزوجة ام كان اجنبيا فان المفوض اليه يملك حق الطلاق بموجب ذلك .

فاذا ما طلقت الزوجة أو من فوض اليه الطلاق ، وكان بلفظ صريح وقع الطلاق رجعيا . اما اذا كان بلفظ الكناية فيقع الطلاق بائنا مع النية لان الطلاق بالكناية يقع بائنا لو طلق به الزوج.

ويلاحظ ان الطلاق بالتفويض بلفظ صريح وان كان رجعيا إلا أنه يكون بائنا اذا كان قبل الدخول او كان مكملا للطلقات الثلاث .

وليس للزوجة ان تطلق نفسها اكثر من واحدة إلا إذا كانت صيغة التفويض تقتضي التكرار ، كما لو قال لها امرك بيدك كلما شئت فلها ان تطلق نفسها حينئذ في كل مجلس تطليقة واحدة [1] .

. . .

المالكية :

الانابة في الطلاق عند المالكية ثلاثة أنواع : توكيل وتمليك وتخيير .

فالتوكيل : هو انابة الزوج الغير في طلاق زوجته سواء أكان ذلك الغير هو الزوجة ام غيرها .

---

(١) البدائع ٣/١١٧ .

والوكيل يعبر عن ارادة موكله فيما يفعل . وللموكل عزل الوكيل الا اذا كانت الزوجة وتعلق حق لها في هذا التوكيل فلا يملك الزوج عزلها .

قال الدردير [١] : « للزوج حق عزل زوجته إذا وكلها امر طلاق نفسها الا لتعلق حق لها زائد على التوكيل كقوله لها : ان تزوجت عليك فأمرك أو أمر الداخلة بيدك توكيلا فليس له حينئذ عزلها » .

والتمليك : هو كل لفظ دل على جعل الطلاق بيد الزوجة او بيد غيرها .

والتخيير : ان يقول لزوجته : اختاري نفسك او طلقي نفسك .

وفي كل من التمليك والتخيير لا يملك الزوج عزل من فوض اليه امر الطلاق لان هذا الحق اصبح مملوكا له مع احتفاظ الزوج بحقه في الطلاق كاملا .

قال الحطاب [٢] : « والفرق بين التوكيل وغيره : ان الوكيل يفعل ذلك على سبيل النيابة عمن وكله والمملك والمخير انما يفعلان ذلك عن نفسهما لانهما ملكا ما كان يملكه الزوج » .

والفرق بين التخيير والتمليك هو في عدد الطلقات التي يملكها من فوض اليه ذلك ففي التمليك لا يصح لمن ملك الطلاق ان يطلق اكثر من واحدة إلا إذا فوض بذلك صراحة واما في التخيير فيجوز للزوجة ان تطلق نفسها اكثر من واحدة إلا إذا حدد لها زوجها صراحة أقل من ذلك .

قال الخرشي [٣] : « ان الزوج إذا فوض الطلاق لزوجته على سبيل التخيير قبل الدخول بها فأوقعت اكثر من طلقة فان له ان يناكرها [٤] فيما زاد عليها بأن يقول لها ما اردت الا طلقة واحدة واما بعد البناء فليس له مناكرتها ،

---

(١) الشرح الكبير للدردير ٤٧٢/٢ .

(٢) مواهب الجليل ٩١/٤

(٣) شرح الخرشي ٢١٢/٣ .

(٤) المناكرة كما عرفها الدسوقي في حاشيته ص ٤٧٧/٢ هي عدم رضا الزوج بالزائد الذي أوقعته .

ولا نكرة له ان دخل في تخيير مطلق . واما المملكة فله ان يناكرها قبل الدخول او بعده اذا زادت على طلقة ».

وقال المالكية : اذا خير الزوج زوجته او ملكها تطليق نفسها وجب ان يحال بينهما حتى تجيب بما يدل على المفارقة او البقاء .

قال الخرشي [1] : « اذا قال لزوجته امرك بيدك الى سنه وقفت متى علم ذلك ولا تترك تحته وأمرها بيدها حتى توقف فتقضي برد او طلاق الا ان يطأها وهي طائعة فيزول ما بيدها ».

واذا قال لها : اختاري اليوم كله فمضى اليوم ولم تختر فلا خيار لها ويبطل ما بيدها .

ما يسقط به الخيار .

١ — ان ترد الزوجة الطلاق .

٢ — ان تمكنه من نفسها .

٣ — ان يمضي الوقت المحدد ان حدد لها وقتا معينا .

٤ — ان يعلم الحاكم فيلزمها بالخيار أو الرد فان لم تفعل اسقط حقها .

٥ — واما قيامها من المجلس ففيه خلاف .

قال الحطاب [2] : ورجع مالك الى بقاء التخيير والتمليك بيد الزوجة في التخيير والتمليك العاري عن التقييد بالزمان او بالمكان او بما يدل على الاطلاق .

رأي في تفويض الغير عند المالكية :

وذهب أصبغ من المالكية الى أن الزوج لا يجوز له أن يفوض أمر امرأته الى غيرها فان فعل ذلك رجع الامر اليها في تطليق نفسها لانه في ذلك يعد نائباً عنها فاما قضت واما ردت [3] .

---

(١) فرق الزواج ص ٧١ .

(٢) شرح الخرشي ٣/٢١١ .

(٣) مواهب الجليل ٤/٩٦ .

الشافعية :

قال الشافعية المزوج ان يفوض امر الطلاق الى زوجته كما أن له أن يوكل ذلك الى الغير بطلاقها وتعتبر انابة الزوجة تمليكا للطلاق على الاصح . وفي قول انها توكيل .

قال في فتح الباري[1] واختلفوا في التخيير هل هو بمعنى التمليك او بمعنى التوكيل وللشافعي فيه قولان : المصحح عند أصحابه أنه تمليك .

١) التفويض : يعتبر تفويض الزوجه طلاق نفسها تمليكا عند الشافعية من اكثر الوجوه فالمزوجة أن تطلق نفسها في مجلس التفويض الا إذا كانت صيغة التفويض محددة بزمن أطول .

جاء في المهذب[2]: واذا فوض الطلاق اليها فالمنصوص أن لها ان تطلق مالم يتفرقا عن المجلس او يحدث مايقطع ذلك .

وقال ابو اسحاق : لاتطلق الا على الفور لانه تمليك يفتقر الى القبول فكان القبول فيه على الفور واشترط الشافعية ان يكون الزوج مكلفاً والزوج مكلفة أيضاً فلايصح تفويض الصغيرة بطلاق نفسها .

جاء في نهاية المحتاج[3]: ولا يصح من غير مكلف ولا يقع على غير مكلف .

والالفاظ التي يصح بها التمليك قد تكون صريحة كقوله لها طلقي نفسك او كناية كقوله ابيني نفسك فهذه لايصح بها التفويض إلامع النية .

جاء في مغنى المحتاج[4]:الكناية لايقع بها التفويض ولا الطلاق الا بالنية من أحدهما او كليهما . اما ان لم ينو الزوج فلا تفويض وان لم تنو هي فلا تطليق ».

---

(١) مغني المحتاج ٣/٢٨٦.
(٢) فتح الباري ٩/٣٠٢
(٣) المهذب ٢/٨٥ .
(٤) نهاية المحتاج ٦/٧٩.

وبما ان التفويض تمليك فلا يصح تعليقه فاذا قال لها اذا جاء فلان فطلقي نفسك فلا يصح التمليك ويجوز في التمليك .

جاء في نهاية المحتاج[1]: «ولو علق التفويض كإن قال لها اذا جاء رمضان فطلقي نفسك : فعلى القول بانه تمليك لايصح لأن التمليك لايصح تعليقه .

قال في الروضه : وجاز على قول التوكيل كما في توكيل الاجنبي .

وعلى القول الثاني – كما جاء في المذهب القديم ان تفويض الغير توكيل سواه للزوجة أم لغيرها لايتقيد إطلاقاً بمجلسها بل لها ان تطلق متى تشاء ولا يشترط فيه القبول في المجلس بل يشترط عدم الرد» .

٢) **التوكيل** : اذا وكل الزوج غيره في طلاق زوجته فلا يتقيد الوكيل بمجلس الوكالة بل له أن يطلق متى أراد الا اذا كانت الوكالة مقيدة كما لو قال له طلق زوجتي خلال اسبوع مثلا .

جاء في المهذب[2]: «وأن قال لوكيله طلق امرأتي جاز أن يطلق متى شاء لانه توكيل مطلق ، فلم يقتض التصرف على الفور» .

وفي جميع الحالات سواء أكان تفويض الغير تمليكا ام توكيلا وسواء أكان ذلك للزوجة ام لغيرها فللزوج ان يطلق متى أراد وله أن يرجع عن تفويضه مالم يطلق من فوض اليه ذلك .

جاء في مغني المحتاج:[3] وله الرجوع عن التفويض سواء في التمليك او التوكيل وذلك قبل تطليقها .

• • •

---

(١) نهاية المحتاج ٦/٨٠.

(٢) المهذب ٢/٨٥ .

(٣) مغني المحتاج ٣/٢٨٦ .

الحنابلة :

النيابة في الطلاق لدى الحنابلة توكيل سواء أكانت بلفظ يدل على التمليك كقول الزوج لزوجته طلقي نفسك او امرك بيدك او بلفظ التخيير وسواء أكان ذلك التفويض للزوجة أم لغيرها .

جاء في كشاف القناع [١] : «من صح طلاقه صح توكيله فيه لأن من صح تصرفه في شيء لنفسه مما تجوز الوكالة فيه صح توكيله وتوكله فيه .

فان وكل الزوج المرأة الطلاق صح توكيلها وطلاقها لنفسها. لانه يصح توكيلها في طلاق غيرها فكذا في طلاق نفسها .

وبما ان هـذا التفويض بجميع صوره توكيل لذلك جاز فيه الرجوع . ورجوع الزوج عن تفويضه قـد يكون صريحاً بالقول او دلالة بالفعل كان يطأ زوجته مثلا .

والزوجة تملك الرد ايضاً . كما لو اختارت زوجها او ردت الخيار او الامر . فلا يقع حينئذ طلاق ولو طلقت نفسها بعدئذ .

جاء في المغني [٢] : «وان خيرها فاختارت زوجها او ردت الخيار او الامر لم يقع شيء» .

ويصح تفويض الزوجة الصغيرة بالطلاق على الاصح بناء على أن طلاق الصبي المميز صحيح كما ذكرنا في موضعه .

---

(١) كشاف القناع ١٨٩/٥ .

(٢) المغني ٢٩٨/٨

وفي المغني أيضاً[1]: « وظاهر كلام احمد انها اذا عقلت الطلاق وقع طلاقها وان لم تبلغ. ويجوز للوكيل ان يطلق في أي وقت شاء » .

جاء في كشاف القناع[2] وللوكيل ان يطلق متى شاء لأن لفظ التوكيل يقتضي ذلك .

واما مايقع به طلاق الزوجة من عدد الطلقات فيختلف حسب التفويض هل هو تخيير ام توكيل ؟.

فان كان بلفظ التخيير كما لو قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي فلا يقع الا واحدة رجعية الا إذا فوضها بأكثر من ذلك .

واما اذا قال لها أمرك بيدك فلها ان تطلق نفسها ثلاثاً وان نوى واحدة.

وأما في التوكيل فإن نوى واحدة او نوى اكثر فعلى مانواه يقع الطلاق وإن لم ينو وقعت طلقة واحدة .

جاء في الانصاف[3] . وان قال لها اختاري نفسك لم يكن لها ان تطلق أكثر من واحدة إلا ان يجعل اليها ذلك.

وإن قال لامرأته امرك بيدك فلها ان تطلق نفسها ثلاثاً وإن نوى واحدة .

وان قال لها طلقي نفسك صح ذلك كتوكيل الأجنبي فيه بلا نزاع فان نوى عدداً فهو على مانوى وإن اطلق من غير نية لم تملك الا واحدة .

. . .

---

(١) المغنى ٨/٢٩٣.

(٢) كشاف القناع ٥/١٨٩

(٣) الانصاف ٨/٤٤٦ - ٤٩١ - ٤٩٢

الزيدية :

إنابة الغير في الطلاق عند الزيدية نوعان ، تمليك وتوكيل .

١) **فالتمليك** : هو ان ينيب الزوج شخصاً آخر سواء أكان أجنبياً ام كان هو الزوجة بأمر الطلاق حسب مشيئته وارادته كقوله : طلق زوجتي ان شئت او طلقي نفسك متى شئت .

والتمليك يكون بلفظ صريح او بلفظ كناية. فمن ألفاظ الصريح : لفظ الطلاق وما اشتق منه . ومن الفاظ الكناية : امرك بيدك ، امرك اليك ، اختاري نفسك .

والفرق بين الصريح والكناية ان الاول لا يحتاج الى نية بينما الثاني لا يصح الا مع نية الطلاق [١] .

والصيغة قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة بزمن معين ، او عامة تتعلق بمشيئة من أناب اليه الزوج امر الطلاق. فان قال لها طلقي نفسك خلال شهر ، تقيد التمليك بشهر واحد امالو قال لها طلقي نفسك فلا يجوز التطليق الا في مجلس التمليك، بحيث لو طلقت نفسها بعد ذلك فلا يقع الطلاق . ولو قال لها طلقي نفسك متى شئت فهذا عام غير مقيد تملك فيه الزوجة طلاق نفسها في اي وقت شاءت . [٢]

ولا تملك الزوجة طلاق نفسها اكثر من واحدة الا اذا تضمنت الصيغة معنى التكرار كقوله لها : طلقي نفسك كلما شئت ففي هذه الحالة تملك الزوجة طلاق نفسها اكثر من مرة اذا تخلل ذلك مراجعة الزوج لها .

---

(١) البحر الزخار ٣/١٦٢ .

(٢) المنتزع المختار ٢/٤١٥ .

ولا يجوز للزوج الرجوع بعد التمليك إلا ان يطلق لان التمليك له شبه بالتعليق فلا يصح الرجوع فيه كما انه يختلف عن التمليك بأن حقه لا يزول به بل للزوج ان يطلق ايضاً .

جاء في التاج المذهب[1] : «واذاملك الزوج غيره طلاق زوجته فانه لارجوع له بالقول ولو قبل القبول ، كما لايصح رجوعه عن الطلاق. وان صح الرجوع في تمليك المال . لان الطلاق اسقاط . والاسقاط لا يصح الرجوع فيه بخلاف تمليك المال فانه اثبات وليس باسقاط فالرجوع فيه صحيح» .

التوكيل : واذا اناب الزوج شخصاً اجنبياً غير زوجته بالطلاق دون ان يترك له حرية التطليق حسب مشيئته كانهذا توكيلاً لا تمليكا. فطلاق الوكيل تعبير عن ارادة الموكل لهذا اشترط الزيدية في التوكيل ان لا تكون صيغته معلقة على مشيئة الوكيل والا كان تمليكا .

في التاج المذهب [2] : ومن صريح التوكيل : ان يأمر بالطلاق لا ان يقول ان شئت ونحوه او متى شئت لان ما تعلق بمشيئة الوكيل فهو تمليك لاتوكيل ولو كان بلفظ التوكيل كوكلتك على طلاقها ان شئت .

والتوكيل كالتمليك يكون بلفظ صريح او لفظ كناية .

والتوكيل بخلاف التمليك لا يتقيد بالمجلس الذي تم فيه التوكيل بل له ان يطلق متى شاء واراد .

كما يصح التوقيت في التوكيل كما لو قال له وكلتك ان تطلق زوجتي في في هذا الشهر فان اوقع الطلاق في المدة الموقتة والا بطل التوكيل .

---

(١) التاج المذهب٢/١٦٩.
(٢) المصدر السابق ٢/١٧٠

ولا بد في الطلاق بالوكالة من اضافة الطلاق الى الموكل بخلاف المملك حيث يضيفه الى نفسه .

ومن هذا نجد ان اهم الفروق بين التمليك والتوكيل في المذهب الزيدي تبدو في النقط التالية .

١) في التمليك لا يملك الزوج الرجوع عما ملكه . أما في التوكيل فللزوج ان يعزل الموكل في اي وقت .

٢) في التمليك يصح للمملك ان يوكل غيره فيما ملكه اياه الزوج فيطلق وكيل المملك حسب ارادة المملك . اما الوكيل فلا يملك توكيل غيره .

٣) في التمليك يضيف المملك الطلاق الى نفسه . اما الوكيل فلا يجوز له له ذلك لانه لا يعبر عن ارادته انما يعبر عن ارادة الزوج بالتطليق فلا بد من اضافة اللفظ الى الموكل .

٤) في التمليك غير المقيد بزمن يجب على من ملك الطلاق ان يطلق وهو في المجلس . اما في التوكيل فللوكيل ان يطلق متى اراد دون التقيد بمجلس الوكالة .

الجعفرية :

التوكيل : يجوز للزوج الغائب لدى الجعفرية ان يوكل غيره في طلاق زوجته . اما اذا كان حاضراً ففيه خلاف والمعتمد عندهم انه يجوز التوكيل سواء أكان الزوج حاضراً ام غائباً .

جاء في مختلف الشيعة [1] قال الشيخ في النهاية : اذا وكل الرجل غيره بأن يطلق عنه لم يقع طلاقه اذا كان حاضراً في البلد فان كان غائباً جاز توكيله في الطلاق وتبعه ابن حمزة وابن البراج .

---

(١) مختلف الشيعة ص ٣١.

واطلق ابن الجنيد فقال : ولا بأس بتوكيل غيره في طلاق زوجته .

وقال ابن ادريس: يقع الطلاق سواء أكان الزوج حاضراً اوغائباً. وهو المعتمد.

التفويض: اما تفويض الطلاق الى الزوجة فقد ذهب جمهور الامامية الى انه لا يجوز ذلك لان الطلاق حق خاص للزوج وما فعله النبي صلى الله عليه وسلم من تخيير زوجاته كان أمراً خاصاً به وليس تشريعاً عاماً لجميع المسلمين .

وقال فريق منهم : يجوز للزوج ان يفوض زوجته امر طلاقها .

جاء في الروضة البهية: «[1] ويجوز توكيل الزوجة في طلاق نفسها وغيرها. كما يجوز توليها غيره من العقود لانها كاملة فلا وجه لسلب عبارتها فيه ، ولا يقدح كونها بمنزلة موجبة وقابلة على تقدير طلاق نفسها ، لان المغايرة الاعتبارية كافية وهو مما يقبل النيابة فلا خصوصية للغائب . وقوله صلى الله عليه وسلم « الطلاق بيد من اخذ بالساق » لا ينافيه لان يدها مستفادة من يده مع ان دلالته على الحصر ضعيفة . »

وجاء في جواهر الكلام [2] ـ عن ابي جعفر : سئل عن رجل خير امرأة فقال : انما الخيار لهما ما داما في مجلسهما فاذا تفرقا فلا خيار لهما .

وقال ابن الجنيد تقع الفرقة بينهما . وقيل لا حكم له اصلاً ، وعليه الاكثر بل لم يحك الخلاف في ذلك الامن ابن ابي عقيل وابن الجنيد .

وعن عيسى بن القاسم عن ابي عبد الله : سألته عن رجل خير امرأة فاختارت نفسها بانت منه ؟ .. قال : لا انما هذا شيء كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة . امر بذلك ففعل ولو اخترن انفسهن لطلقهن .

واستدل جمهور الامامية على رأيهم بعدم جواز تفويض الزوجة طلاق نفسها بأن جميع النصوص الواردة في التطليق انما جاءت مخاطبة للازواج وسياقها

---

(١) الروضة البهية ٢/١٤٨

(٢) جواهر الكلام ٥/٢٨٥.

يدل على ان شرع الطلاق اليهم لا الى غيرهم .

وينتقد استاذنا الشيخ الخفيف ماذهب اليه هؤلاء فيقول :[1]

غير انه يلاحظ ان هذا الاستدلال يقتضي عدم جواز التوكيل فيه مطلقاً للزوجة ولغيرها ، كما هو مذهب ابن حزم فكان دليلهم ليس على وفق مدعاهم . ثم ان ما استندوا اليه من النصوص لم يسق لبيان الانابة في التطليق وانما سيق لبيان شرعة التطليق . اما الانابة فيه فيجب ان يرجع فيها الى ادلتها التي سوغت الانابة في التصرفات على وجه العموم .

والذي اراه ان مذهب جمهور الامامية في عدم جواز تفويض الطلاق الى الزوجة ينسجم مع الرأي القائل بعدم جواز توكيل الحاضر امر طلاق زوجته لغيره بخلاف الغائب عن زوجته فتوكيله الغير في الطلاق صحيح .

. . .

الظاهرية :

قال الظاهرية : « لا يجوز التوكيل في الطلاق ولا التفويض فيه لأن الله شرع الطلاق للازواج فلا يجوز لأحد ان يعمل نيابة عن احد إلا بما جاء به الشرع ولم يأت في القرآن ولا في السنة جواز انابة الغير في الطلاق .

قال ابن حزم في المحلى[2] : لاتجوز الوكالة في الطلاق لان الله عز وجل يقول : « ولا تكسب كل نفس الا عليها » . فلا يجوز عمل احد الا حيث اجاز القرآن والسنة الثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . ولا يجوز كلام احد عن كلام غيره الا حيث اجاز القرآن او سنة عن رسول الله ولم يأت في

---

(١) فرق الزواج ص ٦٣.

(٢) المحلى ١٠/١٩٦.

طلاق أحد عن أحد بتوكيله اياه قرآن او سنة فهو باطل .

والمخالفون لنا أصحاب قياس بزعمهم وبالضرورة يدري كل احد ان الطلاق كلام والظهار كلام واللعان كلام والايلاء كلام ولا يختلفون في أنه لايجوز ان يظاهر احد عن احد ولا ان يلاعن احد عن احد ولا ان يولي احد عن أحد لابوكالة ولا بغيرها فهلا قاسوا الطلاق على ذلك ؟ ..

وكل مكان ذكر الله تعالى فيه الطلاق فانه خاطب الازواج لاغيرهم فلا يجوز ان ينوب غيرهم عنهم لابوكالة ولا بغيرها لانه يكون تعدياً لحدود الله قال الله تعالى : «ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون» .

وكما لايجوز للزوج انابة الغير بطلاق زوجته او توكيله فكذلك لا يجوز للزوج ان ينيب زوجته او ان يجعل امرها بيدها فتطلق نفسها سواء أكان ذلك بلفظ صريح ام بلفظ كناية لان الطلاق بيد الازواج .

يقول ابن حزم[1] : «ومن جعل الى امرأته ان تطلق نفسها لم يلزمه ذلك ولا تكون طالقاً طلقت نفسها او لم تطلق .»

ويقول أيضاً[2] : «ومن خير امرأته فاختارت نفسها او اختارت الطلاق او اختارت زوجها او لم تختر شيئاً فكل ذلك لاشيء . وكل ذلك سواء ولا تطلق ولا تحرم عليه .. وكذلك ان ملكها امر نفسها اوجعل امرها بيدها ولافرق.»

---

(١) المحلى ١٠/٢١٦.

(٢) المصدر السابق ١٠/١١٧.

رأينا في التوكيل والتفويض :

قلنا ان مذهب الجمهور على جواز التوكيل في الطلاق وخالف في ذلك الظاهرية حيث انهم قاسوا الطلاق على الايلاء واللعان وقالوا انه لم يرد في القرآن ولا في السنة توكيل ولا تفويض في الطلاق .

والحق ان قياس الطلاق على الايلاء واللعان قياس مع الفارق لان الايلاء واللعان ايمان . ولا تجوز النيابة في الايمان بدون خلاف إذ لايصح ان يقسم انسان بالنيابة عن آخر[1] .

واما أنه لم يرد في القرآن طلاق احد نيابة عن أحد فيكفي ان لايكون في الامر مخالفة لما جاء في القرآن والسنة ليكون صحيحاً[2] .

ولهذا فأني أرى ان فيماذهب اليه الظاهرية تضييق على الناس في أمر الطلاق بدون ضرورة . فكم من حاجة تدعو المصلحة فيها الى جواز التوكيل في الطلاق كما لو كان الزوج غائباً ولا يستطيع حضور مجلس التحكيم أو التطليق فقد يكون فيه بعض الامور المعلقة التي يرجى زوالها في مجلس معين فيوكل الزوج لاخر بالطلاق ان لم تحل تلك المشاكل مثلا .

وأما في التفويض :

فاني اميل الى وجوب التفرقة بين تفويض الغير وتفويض الزوجة .

فتفويض اجنبي بالطلاق امر لا اجد له مبرراً طالما ان الزوج يملك الطلاق بالكتابة والرسالة والاشارة والتوكيل فأي معنى لجعل الحياة الزوجية تتصدع وفق مشيئة من فوض اليه الطلاق فتصبح مهددة في كل لحظة بالزوال .

---

(١) فرق الزواج ص ٦٢ .

(٢) الاحوال الشخصية ص ٢٩٣ للدكتور محمد يوسف موسى .

اما الوكيل فقد تستوجب بعض الظروف توكيله وهو في كل حال يعبر عن ارادة ومشيئة الزوج في حدود مارسمه له .

اما المفوض اليه الذي يتصرف كما يشاء وفي الوقت الذي يريد فيفرق بين الزوجين فهذا أمر أراه بعيداً عن حكمة تشريع الطلاق .

وفي تفويض أمر الطلاق الى الزوجة لاشك مصلحة ظاهرة واضحة كما ان في هذا اعطاء الحرية للزوجة التي يهمها الأمر فلا تقدم الا بعد تفكير كما يقدم الرجل .

وامر آخر يدعو اليه استبعاد تطليق الغير هو ان الطلاق لايقع حسب ما رجحناه في بحثنا (وسوف نذكره في الفصل الرابع) اذا كانت الزوجة فى طهر لم يمسها فيه فمن اين يعلم من فوض اليه الطلاق بهذا الأمر ؟.

. . .

كما يبدو لي انه لامجال للتفرقة في التفويض بين صيغة مطلقة وصيغة مقيدة بزمن معين فالزوج اذا فوض لزوجته امر طلاقها اثناء انشاء عقد الزواج فلاشك ان العرف يقضى والمعقول ان لاتطلق نفسها وهي في مجلس العقد، وان كانت الصيغة غير مقيدة بزمن. وهذا ماذهبت اليه محكمة طنطا الذي سبق ان اشرنا الى حكمها وما دار حوله من مناقشات بعض الفقهاء .

كما انه لم يعد لتكرار الطلاق بالاختيار او التمليك اثراً في القانون بعد ان الغى تعداد الطلقات . فلا تملك الزوجة اكثر مما يملكه الرجل ويكون رجعياً في كل حالة لم ينص القانون على انها بائن . سواءاً كان بلفظ صريح ام بلفظ كناية فالطلاق رجعي على ماذهب اليه الشافعية .

ونلاحظ فيما عدا الحالات الخاصة التي حددها القانون بجعل الطلاق بائناً لارجعة فيه ، أن الطلاق رجعي فللزوج مراجعة زوجته مادامت في العدة .

ولنتساءل الان اذا اعتبر القانون طلاق الزوجة المفوض اليها امر طلاق نفسها طلاقاً رجعياً فطلقت نفسها . فراجعها زوجها. فما الفائدة من هذا الطلاق سوى انقاص عدد الطلقات ؟ .

ان الزوجة لم تشترط الطلاق او لم تطلب ان تكون عصمتها بيدها ،تطلق نفسها متى تريد الا لامر واحد لاشك فيه وهو ان تملك البينونة عن زوجها فتفارقه .

فاذا طلقت الزوجة نفسها ثم جاءالزوج فراجعهافاية فائدة من هذا التفويض؟.

وبما ان القانون صريح بما جاء فيه انالطلاق البائن لايكون الا في حالات نص عليها حصراً . كما انه صريح فيعدم جواز تعدادالطلقات حتى تطلق الزوجة نفسها اكثر من طلقه .

لهذا فاني اقترح تعديل نص القانون بجعل طلاق الزوجة نفسها طلاقاً بائناً لارجعة فيه تحقيقاً للفائدة المرجوة من هذا التفويض .

ومصدرنا في هذا هو مذهب علي بن ابي طالب وزيد بن ثابت كما سبق وذكرنا مذهبهما .

والى هذا ذهب القانون المغربي في الفصل ٦٧ حيث نص : « كل طلاق اوقعه الزوج فهو رجعي ، إلا المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول ، والخلع ، والمملك .

• • •

الفصل الرابع

المطلقة ـ الزوجة ـ

الركن الرابع في الطلاق هو الزوجة المطلقة .

وأهلية الطلاق بالنسبة للزوجة يجب أن يتوفر فيها شرطان لاتكون بدونها محلاً للطلاق وهي :

١ ـ ان تكون زوجة في نكاح صحيح .

٢ ـ وان تكون في طهر لم يمسها الزوج فيه .

ولا خلاف بين الفقهاء حول الشرط الأول انما اختلف الفقهاء في الشرط الثاني .

وسنبحث هذا الفصل في مبحثين :

المبحث الاول

زوجة في نكاح صحيح

يقع الطلاق على الزوجة اذا كانت الزوجية قائمة حقيقة بين الزوجين . أما اذا كانت الزوجية بينهما نتيجة عقد فاسد فلا يقع الطلاق لأنه لا حاجة اليه اذ الطلاق أثر من آثار النكاح الصحيح فاذا لم يوجد فلا أثر له [1] وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء .

إنما الخلاف حول جواز طلاق المعتدة من طلاق رجعي أو بائن . فمن قال بوقوع الطلقات الثلاث او تعدد الطلقات في العدة أجاز ايقاع الطلاق فمن طلقها زوجها طلاقاً رجعياً أو بائناً فله أن يطلقها طلقة ثانية وثالثة ما دامت في العدة حتى تبين بينونة كبرى [2] .

والمذاهب التي قالت بعدم جواز تعدد الطلقات لم تأخذ بهذا الرأي وقالت يشترط في الزوجة المطلقة أن تكون زوجة في نكاح صحيح أما الطلاق في العدة فلا يقع لأنه غير مشروع ولا فائدة فيه . وقد سبق وشرحنا باسهاب موضوع الطلاق الثلاث فليراجع [3] .

---

(١) الاحوال الشخصية : عمر عبد الله ص ١٣٤ .

(٢) ويعلل هؤلاء الفقهاء الطلاق في العدة ان الزوجية قائمة في الطلاق الرجعي مادامت في العدة . وفي الطلاق البائن بينونة صغرى ايضاً لاتزال بعض آثار الزوجية كالنفقة. واستقرارها في بيت الزوجية .وعدم حلها لزوج آخر قبل مضي العدة.

(٣) راجع بحث الطلاق الثلاث ص ١٤٠ ومابعدها في هذا الكتاب .

المبحث الثاني

الطلاق المشروع

الفرع الأول

مشروعية الطلاق في الحيض

الشرط الثاني في أهلية الزوجة للطلاق أن تكون في طهر لم يمسها الزوج فيه وهو ما سميناه بالطلاق المشروع .

وجرياً على منهجنا في البحث سوف نذكر ما جاء في القرآن والسنة وأقوال الفقهاء في هذا الموضوع ثم نبين أدلة كل فريق ومناقشة كل دليل .

وأخيرا نبدي رأينا فيما ذهب اليه الفقهاء .

اولا - ماجاء في القرآن والسنة

القرآن الكريم :

اذا تتبعنا آيات الطلاق في القرآن الكريم نجد ان كل آية جاءت لبيان حكم من احكام نظام الطلاق فقوله تعالى : « الطلاق مرتان » : بينت عدد الطلقات التي يملكها الزوج » .

وقوله : « وبعولتهن احق بردهن » : جاء فيها احكام الرجعة وان للزوج ان يراجع زوجته اذا طلقها طلاقا رجعيا مادامت في العدة .

وقوله : « لاجناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن » فيها ان لاعدة للمطلقة قبل الدخول .

فما هي الاية التي بينت لنا كيفية الطلاق ومتى يقع وكيف يكون ذلك ؟ .

هذه الاية هي قوله تعالى [١] : « ياايها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة واتقوا الله ربكم لاتخرجوهن من بيوتهن ولايخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبيّنة وتلك حدودالله ، ومن يتعدّ حدود الله فقد ظلم نفسه لاتدري لعل الله يحدث بعد ذلك امراً » .

والخطاب في الاية موجه للنبي عليه السلام والمؤمنين جميعاً . او انه بمعنى ياأيها النبي بلغ او قل للمؤمنين اذا اردتم طلاق نسائكم فطلقوهن لعدتهن .

وقد اختلف في اسباب نزول هذه الاية [٢] . روى قتادة عن انس قال : طلق رسول الله حفصة فأتت اهلها فانزل الله : يا أيها النبي ... وقيل له راجعها فانها صوّامه قوّامه وانها من ازواجك في الجنة .

وقال السّدي : نزلت في عبد الله بن عمر [٣] . وقيل [٤] : فعل ناس مثل فعل ابن عمر منهم عبد الله بن عمرو بن العاص ، وعمرو بن سعيد بن العاص وعتبة بن غزوان فنزلت الاية .

فما هو المراد بقوله تعالى : فطلقوهن لعدتهن ؟.

سنفسر هذه الاية الكريمة بما ورد عن النبي عليه السلام لان السنة تفصل ماأجمله القرآن [٥] وقد قال تعالى : « وانزلنا اليك الكتاب لتبين للناس مانزلنا اليهم . »

ثم نذكر اراء المفسرين والصحابة ومافهموه من هذه الاية الكريمة .

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٢٩ .

(٢) تفسير القرطبى ١٤٨/١٨ .

(٣) نيل الاوطار ٢٢٢/٦ .

(٤) التفسير المحيط ٢٨١/٨ .

(٥) راجع مقدمة تفسير القاسمي ص ٢٠٨ حيث ذكر هذه القاعدة : ان السنة تفصل ما اجمله الكتاب وجاء المؤلف بحديث ابن عمر مثلا على ذلك .

السنة الكريمة :

جاء في صحيح البخاري ومسلم والنسائي . [1] : « عن نافع عن عبدالله إبن عمر رضي الله عنهما انه طلق امراته [2] وهي حائض على عهد رسول الله فسأل عمر بن الخطاب رسول الله عن ذلك فقال رسول الله : مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء امسك بعد وان شاء طلق قبل ان يمس فتلك العدة التي امر الله ان يطلق لها النساء . »

وعن ابن شهاب [3] قال : اخبرني سالم ان عبد الله بن عمر رضي الله عنهما اخبره انه طلق امراته وهي حائض فذكر عمر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فتغيظ فيه رسول الله ثم قال ليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر فان بدا له ان يطلقها فليطلقها طاهرة قبل ان يمسها فتلك العدة كما امره الله .

وفي رواية [4] : فانها العدة التي امر الله ان تطلق لها النساء .

ماذهب اليه المفسرون :

قال الطبري [5] : فطلقوهن لعدتهن : اذا طلقتم نساءكم فطلقوهن لطهرهن الذي يحصينه من عدتهن طاهرا من غير جماع ولا تطلقوهن بحيضهن الذي لايعتددن به من قروئهن .

---

(١) صحيح البخاري ٩/٢٨٥ والنسائي ٦/١٣٨ ط . مصطفى محمد . صحيح مسلم شرح النووي ١٠/٦٠ ط عبد اللطيف ١٩٢٩ – ١٩٤٧ .

(٢) اسم زوجه عبد الله بن عمر آمنة بنت غفار كما حكاه جماعة منهم النووي وابن باطش وفي مسند احمد ان اسمها النوار ـ نيل الاوطار ٦/٢٢٢ .

(٣) المصدر السابق ٦/٢٢٢ وجاء ايضاً في صحيح البخاري ٨/٥٠٠ ط الاميرية .

(٤) المحلى ١٠/١٦٢ النسائي ٦/١٣٧ .

(٥) تفسير الطبري ٢٨/٧٦ .

وقال البيضاوي[١]: «فطلقوهن لعدتهن ، اي وقتها وهو الطهر فان الهاء في الازمان ومايشبهها للتوقيت . »

وقال الزمخشري[٢]: «فطلقوهن لعدتهن،اي فطلقوهن مستقبلات لعدتهن.»

وقال ابو السعود[٣]: «فطلقوهن لعدتهن - اي مستقبلات لها.»

وروى الطبري عن ابن عباس : فطلقوهن لعدتهن - في قبل عدتهن .

وعن مجاهد قال : لطهرهن .

وعن معمر عن قتادة : فطلقوهن لعدتهن : قال : اذا طهرت من الحيض في غير جماع ، قلت : كيف ؟. قال اذا طهرت فطلقها من قبل ان تمسها .

• • •

والعدة هي المدة التي امر الله بها المطلقات ان يمكثن فيها في بيوتهن لمعرفة براءة الرحم .

وقد اختلف العلماء على رأيين هل العدة بالاطهار ام بالحيض وسبب اختلافهم هو ان القرآن الكريم قد نص على ثلاثة اقراء للعدة والقرء في اللغة يحتمل منعيين فمن فسر القرء بالحيض قال ان عدة المطلقة ثلاث حيض كاملة ومن فسر القرء بالطهر قال ان عدتها ثلاثة اطهار[٤].

وعلى هذا فعندنا مذهبان :

١) ان العدة بالحيض ولا يحتسب جزء الحيض بل لابد من ثلاث حيض كاملة .

٢) ان العدة بالاطهار وتبدأ من اول طهر يصادف المطلقة .

---

(١) تفسير البيضاوي ص ٧٤٢ .

(٢) تفسير الكشاف للزمخشري ٤٠٠/٢ ط العثمانية .

(٣) تفسير ابي السعود على هامش تفسير الرازي ٣٨٦/٨ ط العلمية .

(٤) هذا في عدة المطلقة اما عدة المتوفى عنها زوجها فهي اربعة اشهر وعشرة ايام.

فعلى كلا المذهبين فان الطلاق في الحيض ليس هو الوقت الذي تبدأ فيه المرأة عدتها لأن الله تعالى قال: «فطلقوهن لعدتهن» أي في وقت تستقبل فيه المرأة عدتها.

وبيان ذلك: أن من قال ان العدة بالحيض، قال ان جزء الحيض لا يحتسب. ومعنى ذلك أن من طلقت في الحيض فعليها أن تنتظر انتهاء مدة الحيض الذي طلقت فيه، ثم الطهر الذي يليها، ثم الحيضة الثانية حيث تبدأ عدتها. وفي هذا من التطويل والاضرار ما لا يخفى. والذين قالوا ان العدة بالاطهار من الواضح أن تكون الطلقة في الحيض لا يحسب الزمن فيها بل لا بد أن تنتظر المطلقة للطهر الذي عليها.

أما لو طلق الزوج كما شرع الله له في الطهر فان الزوجة تستقبل عدتها فور طلاقها على قول من يقول أن العدة بالاطهار وتنتظر الى الحيضة الاولى التي تلي الطهر على القول الثاني.

والخلاصة:

إن الآية الكريمة «فطلقوهن لعدتهن...» وما جاء في تفسيرها في السنة النبوية وأقوال الصحابة والتابعين وسائر المفسرين دلت على أن الطلاق يجب أن يكون في الطهر لأنه الوقت الذي تبدأ فيه المطلقة عدتها كما أمر الله تعالى، ومن طلق في الحيض فقد خالف ما شرع الله له لأنه ليس هو الوقت المأذون فيه بالطلاق.

ومما يجدر ذكره هنا أن النفاس يلحق بالحيض لأنه ليس طهراً ولا يحتسب من العدة فتشترط إذن ألا تكون في حيض ولا في نفاس.[1]

---

(١) قال ابن حزم في المحلى ١٠/١٧٦ وطلاق النفساء كالطلاق في الحيض وهذا لاخلاف فيه بين الفقهاء راجع الحطاب ٤/٤٠ ومغني المحتاج ٣/٣٠٨.

واذا نظرنا الى حديث ابن عمر نجد أن النبي ﷺ أمره أن يراجع زوجته حتى تطهر ثم إن بدا له أن يطلقها فليطلقها طاهراً من غير جماع .

ونستدل على ثلاثة أمور:

١ ـ يجب أن يكون الطلاق في طهر لم يمسها فيه لقوله عليه السلام فليطلقها طاهراً من غير جماع .

٢ ـ ألا يكون جماع في الحيضة التي تسبق الطهر الذي يطلق فيه لأمره عليه السلام ابن عمر أن يترك زوجته أن تحيض حيضة أخرى ليظهر له إن كانت حاملاً أم لا فقد تحمل إن جامعها في الحيضة السابقة على الطلاق فيندم وقد تكون آخر طلقة .

ومن أمر النبي عليه السلام ابن عمر في أن يراجع زوجته حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر بدون أن يمسها نستدل على أن النهي عن الجماع في هذه الفترة كلها لا في الطهر فحسب .

٣ ـ ألا يكون أيضاً طلاق في الحيضة التي تسبق الطهر الذي يطلق فيه ، لأن النبي عليه السلام أمره أن ينتظر حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فلو كان الطلاق جائزاً في الحيضة التي تسبق الطهر الذي يطلق فيه لأمره بأن يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة التي طلقها فيها. على أن غاية المشرع بهذه المدة ألا يكون في الحيضة التي تسبق الطهر الذي يطلق فيه طلاق أيضاً [1] .

---

(١) ذكر الطحاوي ان للرجل ان يطلق امرأته في الطهر الذي يلي الحيضة التي طلقها فيها بعد مراجعتها وذلك دون ان يمسها .

وجاء في الاصل : ان طلقها في الحيض وجب عليه ان يراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر وعند ذلك فان شاء ان يطلقها فليطلقها .

وجاء الكرخي فقال : ماذكره الطحاوي هو قول ابي حنيفة وما ذكره الاصل هو قولهما اي قول محمد وابي يوسف . وقال السمرقندي معقباً على قول الكرخي .

وما قال ابو حنيفة هو القياس لانه طهر لم يجامعها فيه ـ وما ذكر في الاصل لحديث ابن عمر ، مر ابنك فليراجعها ثم يدعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر . =

هذه هي أحكام الطلاق المشروع كما جاء بها القرآن الكريم ، وفسرتها السنة النبوية حيث بين لنا الشارع ان الطلاق يجب أن يكون في وقت تستقبل فيه المرأة عدتها .

وقد خرج بذلك من لا عدة لها من النساء كغير المدخول بها فهذه يجوز طلاقها في أي وقت . وكذلك من لا يحضن من النساء كالصغيرة والآيسة فان عدتهن تبدأ اثر طلاقهن مباشرة بدون فاصل زمني لأنهن في طهر دائم .

وأما الحامل [1] : فلم يشملها النهي أيضاً لأن عدتها تنتهي بوضع حملها فأي وقت بالنسبة اليها لا يؤثر على عدتها لأنها محدودة بزمن لا دخل للطلاق فيه .

وسنذكر بايجاز مذاهب الفقهاء في ذلك .

= وقال ابن الهمام : ان ما في الاصل قول الكل لانه موضوع لاثبات مذهب ابي حنيفة الا ان يحكى الخلاف ولم يحك خلافا فيه . فلهذا قال في الكافي انه ظاهر الرواية عن ابي حنيفة. وما ذكره الطحاوي رواية عن ابي حنيفة وهو رأي زفر كما جاء في مختصر القدوري . وما ذهب اليه الطحاوي قال به الحنابلة فقد جاء في المغني ٨/٢٤٠ فان طلقها في الطهر الذي يلي الحيضة قبل ان يمسها فهو طلاق سنة لقوله تعالى : فطلقوهن لعدتهن وهذا مطلق العدة فيدخل في الامر . وروي عن ابن عمر ان رسول الله امره ان يراجعها حتى تطهر ثم ان شاء طلق وان شاء امسك ولم يذكر .

وفي اكثر الروايات جاءت الزيادة والزياده من الثقة مقبولة وخاصة وقد جاءت في الكتب الصحيحة وهي في موضوع واحد . قال ابن حزم ١٠/١٦١ وزيادة العدل لا يحل ترك الاخذ بها وهو خبر واحد عن قصة واحدة في مقام واحد .

المبسوط ٦/١٧ فتح القدير ٣/٣٤ الجوهرة ٢/٣٢ ابن عابدين ٢/٤٣١ تحفة الفقهاء ٢/٢٥٥ مجمع الانهر ١/٣٨٣ . العناية على الهداية ٣/٣٤

(١) روى ابن حزم في المحلى ١٠/١٦٢ احدى روايات ابن عمر قوله عليه السلام : ليطلقها طاهراً او حاملاً .

ثانياً : الطلاق السني والبدعي لدى الفقهاء

ثانياً : الطلاق السني والبدعي لدى الفقهاء .

قال ابن كثير في تفسيره :

من آية « فطلقوهن لعدتهن » أخذ الفقهاء أحكام طلاق السنة وطلاق البدعة [1] .

وعلى هذا سنذكر ما اصطلح الفقهاء على تسميته بالطلاق السني والبدعي [2] .
ثم نبين احكام طلاق الحامل ومن لايحضن من النساء ، والمطلقات قبل الدخول .

---

(١) قال ابن عابدين فيا سماه الفقهاء طلاق السنة ٤٢٩/٢ : ومعنى المسنون هناماثبت على وجه لايستوجب عتاباً لانه المستعقب للثواب لان الطلاق ليس عبادة في نفسه ليثبت له الثواب فالمراد هنا المباح ، نعم لو وقعت له داعية ان يطلقها بدعيا فمنع نفسه الى وقت السني يثاب على كف نفسه على المعصية لا على نفس الطلاق ككف نفسه عن الزنا مثلا بعد تهيء اسبابه ووجود دواعيه فانه يثاب لا على عدم الزنا . راجع الفتح القدير ، والبحر الرائق بحث الطلاق .

(٢) ان المصطلحات التي نجدها اليوم في كتب الفقه والاصول من سنة ومندوب ومكروه هذه طرأت على التشريع الاسلامي بعد عصر النزول بزمن لا في عصر النزول ففي عصر النبوة لم يكن هناك شيء يقال له سني وغير سني بل ما وافق كتاب الله وسنة رسوله فهو مشروع وما خالفها فو غير مشروع - وما جاء من لفظ السنه كان يراد به المشروع الا انه يسن فعله فهذه وغيرها جاءت حينا قعد الاصوليون القواعد واستنبط الفقهاء الفروع - قال عليه السلام : عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي . وسئل سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ماينفق على امرأته ايفرق بينها ؟ ... قال نعم . قال سنة قال سعيد سنة . فجواب التابعي الجليل بلفظ السنه يفيد المشروع لان التفريق للاعسار ليس سنة فحسب بل هو مشروع وبقول سعيد هذا استدلت المذاهب التي اخذت بمبدأ التفريق للاعسار .

قال ابن العربي [١] ، طلاق السنة ماجمع سبعة شروط :

١) ان يطلقها واحدة .

٢) وهي ممن تحيض .

٣) طاهراً .

٤) لم يمسها في ذلك الطهر .

٥) ولاتقدمه طلاق في حيض .

٦) ولاتبعه طلاق في طهر يتلوه .

٧) وخلا عن العوض [٢] .

[وقال القرطبي [٣] وحصل الاجماع على أن الطلاق في الحيض ممنوع وفي الطهر مأذون فيه] .

وقال ابن قدامه [٤] : واما المحظور : فالطلاق في الحيض اوفى طهر جامعها فيه . وأجمع العلماء في جميع الامصار وكل الاعصار على تحريمه ويسمى طلاق البدعة لأن المطلق خالف السنة وترك امر الله تعالى ورسوله .

وقال ابن ادريس في السرائر [٥] ـ والمحظور : طلاق الحائض بعد الدخول اوفي طهر قد قربها فيه قبل ان يظهر بها حمل بلا خلاف .

وقال النووي في المنهاج [٦] ـ ويحرم البدعي وهو ضربان : طلاق في

---

(١) احكام القرآن : ٤/١٧١٣ .

(٢) ويمكن ان نضيف شرطا ثامناً : ان يطلقها وهي حامل قد استبان حملها .

(٣) تفسير القرطبي ١٨/١٥٣ .

(٤) المغني ٨/٢٣٥ .

(٥) السرائر ص ٣٣٤ .

(٦) مغني المحتاج ٣/٣٠٧ وقال الرملي في نهاية المحتاج ٦/١١٠ ومن البدعي ايضا طلاق من لها عليه قسم قبل وفائها او استرضائها .

حيض ممسوسة ... وطلاق في طهر وطيء فيه من قد تحبل ولم يظهر حمل.

وقال الامام زيد [١] - وطلاق السنة ... أن يطلقها واحدة وهي طاهرة من الجماع والحيض.

وقال صاحب التاج المذهب: [٢] والطلاق التي في حق ذوات الحيض ماجمع شروطاً أربعة:

١) ان يوقع المطلق طلقة واحدة فقط سواء كانت مدخولاً بها اولا وسواء كانت ذات حيض أم لا.

٢) أن يطلقها في طهر.

٣) ان لايقع وطء منه لهذه التي طلقها في جميع الطهر وإلا كان بدعياً وان لايقع منه طلاق في هذا الطهر ايضاً.

٤) ان لايقع منه وطء لها ولا طلاق في نفاسه المتقدمة او في حيضته المتقدمة فلو وطئها في الحيض المتقدمة اوطلقها فيه كانت بدعيه.

❀❀❀

---

(١) الروض النضير ٤/١٠١

(٢) التاج المذهب ٢/١٢٤.

ثالثاً : من من النساء لا يشملهن منع الطلاق في الحيض

قلنا أن بعض المطلقات لا يشملهن منع الطلاق في الحيض، كالحامل. والمطلقة قبل الدخول. ومن لا يحض من النساء دون خلاف بين الفقهاء .

فهؤلاء لاسنة لطلاقهن ولا بدعة (١) .

وسنذكر آراء المذاهب دون تفصيل اللهم الا في المذهبين الحنفي والجعفري لما بينهما من بعض الاختلاف في هذا الموضوع .

طلاق الحامل :

لا بدعة في طلاق الحامل لأن الوقت المشروع للطلاق هو استقبال العدة ولا عدة للحامل المطلقة إلا بوضع الحمل لقوله تعالى : «واولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن » ولما ورد في بعض روايات ابن عمر في قوله عليه السلام : فليطلقها طاهراً او حاملاً ، استبان حملها .

وعلى هذا فالحامل تستقبل العدة في اي وقت طلقت فيه وهذا هو المراد بقوله تعالى : «فطلقوهن لعدتهن »فهي لاتتضرر بإطالة العدة مادامت محددة بزمن لا دخل لزوجها به وطلاقه فيه الا وهو وضع حملها .

قال الحنابلة في الانصاف (٢): «فان استبان حملها فلا سنة لطلاقها ولا بدعة».

---

(١) قال السيوطي في الاشباه والنظائر ص ٦٦١ : الواسطة لاعلها في الفقه الا فيمسألة واحدة وهي الطلاق ، سني وبدعي ، وهل بينها واسطة؟ . وجهان : احدهما : نعم وهو طلاق غير الموطورة ،والحامل . والصغيرة . والايسة ، فليس بسني ولابدعي . والثاني : لا . وجعل الاربعة من قسم السنى بناء على انه ليس بمحرم .

(٢) الانصاف ٤٤٨/٨.

وقال الشافعية في نهاية المحتاج [1]: «ويحل طلاق من ظهر حملها لزوال الندم.»

وقال الاحناف في الهداية [2]: «وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لانه لايؤدي الى اشتباه وجه العدة وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطء لكونه غير معلق أو يرغب فيها لمكان ولده منها فلا تقل الرغبة بالجماع.»

طلاق من لايحضن من النساء :

اذا كانت الزوجة لاتحيض اما لصغر او كبر فان عدتها تبدأ بعد طلاقها مباشرة اذ لاحيض لها حتى يمتنع الرجل عن طلاقها بل هي في طهر دائم [3] ولهذا قالوا لاسنة في طلاقها ولابدعة.

قال ابن تيمية [4]: «وان كانت المرأة لاتحيض لصغرها او كبرها فانه يطلقها متى شاء سواء أكان وطئها او لم يكن وطئها فان هذه عدتها ثلاثة أشهر ففي أي وقت طلقها لعدتها فانها لاتعتد بقرء ولابحمل.»

وقال الحطاب [5] – ويطلق اليائسة والتي لم تبلغ الحيض متى شاء وأفضل ذلك أن يستقبل بها الاهلة.»

طلاق غير المدخول بها :

من طلق زوجته قبل الدخول فلا عدة عليها لقوله تعالى [6] – يأيها الذين

---

(١) نهاية المحتاج ٦/١١٠

(٢) الهداية ٣/٣٢.

(٣) جاء في البهجة شرح التحفة ١/٣٣٦ ويعني قوله حال طهر لان الطهر ماتقدمته حيضه وتأخرت عنه اخرى وذلك مفقود في اليائسة والصغيرة.

(٤) فتاوى ابن تيميه ٣/٣٧.

(٥) مواهب الجليل ٤/٣٨.

(٦) سورة الاحزاب آية ٤٩.

آمنوا اذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها .»

والله تعالى قال : «فطلقوهن لعدتهن» اي من كان لهن عدة اما من ليس لهن عدة فلا يشملهن النص .

قال الزمخشري[1] ، في تفسير قوله تعالى : فطلقوهن لعدتهن : علم انه اطلق على بعضهن وهن المدخول بهن من المعتدات بالحيض .

قال الغزالي في الوجيز[2] : «ولا بدعة في طلاق غير الممسوسة ولا سنة .»

وقال الخرقي[3] : «ولوقال لها وهي حائض ولم يدخل بها أنت طالق للسنة طلقت من وقتها لأنه لا سنة لها ولا بدعة .»

وجاء في البهجة شرح التحفة[4] : «وطلاق غير المدخول ولو في الحيض على مذهب ابن القاسم سني .»

وقال اشهب : بل هو في الحيض بدعى .

• • •

مذهب الاحناف :

المطلقة بعد الدخول :

جاء في الفتح القدير[5] :

واما غير المدخول بها فالرغبة فيها متوفرة فالطلاق في حال الحيض يقوم

---

(١) الكشاف ١٩٤/٣

(٢) الوجيز ٥٠/٢ .

(٣) مختصر الخرقي ص ١٥٢ .

(٤) البهجة شرح التحفة ٢٣٧/١ .

(٥) فتح القدير ٢٩/٣ .

دليلاً على تحقيق الحاجة فجاز ان يطلقها في حال الطهر والحيض جميعاً خلافاً لزفر[1].

وقال الزيلعي[2]: «وقال زفر لا يطلقها في حالة الحيض.»

وقال الشلبي في حاشيته تعليقاً على كلام النسفي: «وغير الموطوءة تطلق للسنة ولو حائضاً» قال: — فان قلت العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، وقد قال عليه السلام لابن عمر ما هكذا امرك الله انما السنة ان تستقبل الطهر استقبالاً فكيف فرقتم بين الحائض وغير الحائض بالدخول وعدمه في الكراهة وعدمها؟..

قلت: المراد منه المدخول بها بدليل ما رويناه من صحيح البخاري حيث قال في آخر الحديث فتلك العدة التي امر الله ان يطلق لها النساء ولا عدة في غير المدخول بها. الا ان زفر يقيسها على المدخول بها فيكره طلاقها. وجوابه، ان القياس مع وجود الفارق فاسد.»

* * *

المطلقة التي لا تحيض: جاء في بداية المبتدي[3] — في التي لا تحيض: **ويجوز ان يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان[4].**

وقال في الهداية: «وقال زفر يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولان بالجماع تفتر الرغبة.»

---

(1) جاء في نيل الاوطار ٦/٢٢١ واتفقوا على انه لو طلق قبل الدخول وهي حائض لم يؤمر بالمراجعة الا ما نقل عن زفر.

(2) تبين الحقائق. الزيلعي ٣/١٩١.

(3) الفتح القدير ٣/٣١.

(4) قال في الدر المختار بعد ان ذكر ان طلاق من لا يحض غير مكروه: لان الكراهة فيمن تحيض لتوهم الحبل وهو مفقود. وعلق ابن عابدين: اي لان كراهة الطلاق في طهر جامع فيه ذوات الحيض لتوهم الحبل فيشتبه وجه العدة انها بالحيض او بالوضع ٢/٤٣٠.

وقال في فتح القدير : ان عدم الفصل هو قول الائمة الثلاثة : ابو يوسف ومحمد وابي حنيفة .

وقال زفر : يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر .

« وفي المحيط [1] قال الحلواني هذا في صغيرة لا يرجى حبلها اما فيمن يرجى فالافضل له ان يفصل بين وطئها ، وطلاقها بشهر كما قال زفر » ولا يخفى ان قول زفر ليس هو افضلية الفصل بحيضه ففي من لا تحيض يجب الفصل بما أقيم مقامه وهو الشهر لان بالجماع تفتر الرغبة وانما تتجدد بزمان وهو الشهر .

وقال ابن الهمام في حجة الائمة الثلاثة :

ان كراهية الطلاق في الطهر الذي جامع فيه ذوات الحيض لتوهم الحبل فيشتبه وجه العدة انها بالحيض ، او بالوضع وهذا الوجه يقتضي في التي لا تحيض لا لصغر ولا كبر بل اتفق امتداد طهرها متصلا بالصغر في التي لم تبلغ بعد وقد وصلت الى سن البلوغ ان لا يجوز تعقيب وطئها بطلاقها لتوهم الحبل في كل منها . ولما كان ظاهراً ان يقال قد علتم منع الطلاق في الطهر الذي جامع فيه آنفاً بفتور الرغبة فلم يقع الطلاق دليل الحاجة فغاية الامر ان الطلاق في ذلك الطهر ممنوع من وجهين : لاشتباه العدة ولعدم المبيح وهو الطلاق مع عدم دليل الرغبة ، وفي الصغيرة والايسه انفقد الاول فقد وجد الثاني فيمتنع ، اجاب بقوله :

والرغبة وان كانت تفترض الوجه الذي ذكر لكن تكثر من وجه آخر لانه يرغب في وطء غير معلق فراراً من مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة وصار كزمان الحبل .

---

(١) نقل هذا الرأي في الذخيرة وهي مخطوط في مكتبة اوقاف حلب ج ١ س ٣٦٦ وعنه نقلته كتب الاحناف . لان الذخيرة هي مختصر المحيط .

وجاء في فتاوى الذخيرة[1] – فان كانت ممن لا تحيض لصغر او كبر طلقها متى شاء واحدة وان كان عقيب الجماع وكذلك الحامل .

وقال زفر رحمه الله : يفصل بين الطلاق والجماع في حق الايسه والصغيرة بشهر – والصحيح مذهب علمائنا – لان الطلاق في حق ذوات الاقراء في الطهر الذي جامعها فيه انما كان حراماً لانه ربما يكون سبباً للندم بأن يظهر بها حبل فيندم على طلاقها وانما يباح الايقاع بشرط ان يأمن الندم . هذا المعنى لا يتأتى في حق الايسه والصغيرة .

وبرأي زفر هذا قال اشهب من المالكية وجمهور الزيدية .

جاء في البحر الزخار[2] – ويستحب الكف عن جماعها (الايسه) شهراً قبل الطلاق لقيام الشهور فيها مقام الحيض بل يجب كوجوب الفصل بين الجماع والطلاق في ذوات الحيض بحيض .

اما صاحب التاج المذهب[3] : فصل ذلك وهو المعتمد في المذهب .

اما السني لغير الحائض : وهي الصغيرة والحامل والايسه والمنقطعة لعارض، والمستحاضة الناسية لوقتها لايشترط فيه الا كونه واحداً فقط اي طلقة واحدة فلو طلقها عقيب وطئها لم يكن بدعياً ولو طلقها ثم راجعها جاز له وطؤها عقيب الرجعة .

ويندب في حق غير الحائض الكف عن جماعها شهراً قبل طلاقها هذا في الطلقة الأولى لا اذا زاد الثانية او الثالثة فانه يجب الكف عن وطئها شهراً

---

(١) مخطوط الذخيرة في الفقه الحنفي رقمها ٤٢٨ احمدية اوقاف حلب والكتاب اربعة اجزاء والجزء الاول في النكاح والطلاق ص ٣٨٥.

(٢) البحر الزخار ١٥٢/٣ .

(٣) التاج المذهب ١٢٤/٢.

وان وطئها قبل الشهر استأنف الكف شهرا بعد الوطء وكذا اذا اراد الثالثة بعد الثانية فلا بد من الفصل بينهما والا كان بدعياً .

. . .

طلاق من لا يشملهن البدعة والسنة لدى الامامية :

قال الجعفرية : خمس لا يشملهن طلاق البدعة :

١) الصغيرة التي لم تبلغ التاسعة .

٢) التي لم يدخل بها .

٣) الايسه وهي البالغة الخمسين من عمرها .

٤) الحامل .

٥) التي غاب عنها زوجها[١] :

قال في جواهر الكلام[٢] ، بعد ان ذكر الطلاق المشروع كما جاء في القرآن الكريم : هذا في المدخول بها الحائل دون غير المدخول بها ودون الحامل فانه يصح طلاقهما لان غير المدخول بها لا عدة لها كما ان الحامل عدتها وضع الحمل ومنه يعلم كونهما خارجين من اطلاق النهي عن طلاق الحائض .

ونقل عن الطباطبائي قوله : لا يصح طلاق الحامل الا اذا كانت متبينة الحمل وقت الطلاق فان طلقها ثم تبين الحمل لم يصح لان مصادفة الحمل لا تكفي في صحة الطلاق بل يشترط فيه الاستبانة .

ولما كان الخلاف في كتب الامامية حول طلاق الغائب ومتى يكون مشروعاً اذا ما غاب عنها فأردت تحرير هذا الخلاف . ولنذكر ما جاء في بعض كتبهم وما حررناه :

---

(١) المذاهب الخمسة ١٤٤ .

(٢) جواهر الكلام ٥/٢٧٩ .

جاء في : لا يحضره الفقيه [١] : « عن ابي جعفر عليه السلام قال : خمس يطلقهن الرجل على كل حال : الحامل ، والتي لم يدخل بها ، والغائب عنها زوجها ، والتي قد يئست من المحيض . »

وهذا نص عام في طلاق الغائب .

وجاء في الكافي [٢] : « عن ابي عبد الله عليه السلام قال : الغائب اذا اراد ان يطلقها تركها شهراً . »

وخالفه حديث آخر جاء في التهذيب [٣] - عن ابي عبد الله عليه السلام قال : الرجل اذا خرج من منزله الى السفر فليس له ان يطلق حتى تمضي ثلاثة اشهر .

على اني قد عثرت على نص في الاستبصار [٤] - يوفق بين هذه الروايات وبذلك تحرر المسألة :

قال : الحكم يختلف باختلاف عادة النساء في الحيض ، فمن علم من حال امرأته انها تحيض في كل شهر حيضة ، يجوز له أن يطلق بعد انقضاء الشهر ومن يعلم انها لا تحيض الا كل ثلاثة اشهر أو خمسة لم يجز له أن يطلقها إلا بعد مضي هذه المدة ، فكان المراعى في جواز ذلك مضي حيضة وانتقالها الى طهر لم يقربها فيه بجماع .

وقال في السرائر [٥] - ومتى عاد من غيبته وصادف امرأته حائضاً وان لم

---

(١) من لا يحضره الفقيه ١ ٣٤١ .

(٢) الكافي ٢/٢٠٤ .

(٣) التهذيب ٢/٢٦٧

(٤) الاستبصار ٣/٢٩٥ ومما يجدر ذكره ان هذا الرأي الذي جاء به صاحب الاستبصار هو الذي استقر عليه في كتابه النهاية وقد اشار الى ذلك تلميذه محمد بن ادريس في كتابه السرائر .

(٥) السرائر ص ٣٤٠ مخطوط برقم ٣٣٨ وفيه يخالف مؤلفه شيخ الطائفة الطوسي في كثير من ارائه.

يكن واقعها لم يجز طلاقها حتى تطهر لانه صار حاضراً ولا يجوز للحاضر ان يطلق امرأته وهي حائض بغير خلاف بيننا .

وفي رأيي أنه يمكن أن نقيس السجين على الغائب في مذهب الامامية وكل ما قيل في الغائب يقال في السجين وقد وجدت نصا يفهم منه ذلك .

قال في السرائر[1] نقلا عن الطوسي في نهايته : «متى كان للرجل زوجه معه في البلد غير أنه لا يصل اليها فهو بمنزلة الغائب عن زوجته فاذا أراد أن يطلقها فليصبر الى ان يمضي ما بين شهر الى ثلاثة اشهر .»

رابعاً — حكمة منع الطلاق في الحيض

اقوال الفقهاء في حكمة منع الطلاق البدعي :

اختلف الفقهاء في علة منع الطلاق البدعي ، هل هو لعدم تطويل العدة ؟. او لكونه حال الفتور والزهد[1] لوطء الزوجة ؟.. او هو للتعبد فلا يعقل معناه[2] ؟.

الاحناف :

اعتبر الاحناف علة المنع لأمرين : — ١) لعدم تطويل العدة — ٢) ولئلا يكون في زمن الرغبة .

١ — ان في تطويل العدة ضرراً على المرأة لأنه اذا طلقها في الحيض ولم تحتسب هذه الحيضة فستطول العدة بدون أية فائدة سوى طول المقام وهذا الاضرار لا يجوز . ولهذا فان الاحناف قالوا : الاولى ان يؤخر الطلاق الى آخر الطهر الذي لم يجامعها فيه احترازاً عن تطويل العدة[3] .

وقال في الفتح[4] : «والطلاق في حالة الحيض يحرم للمضارة بتطويل العدة عليها ، والطلاق في الطهر الذي جامعها فيه يحرم لتلبيس وجه العدة أهو بالاقراء أو الوضع لاحتمال الحبل .»

٢ — أو لكونه حال الفتور والزهد[5] — لان الطلاق انمـــا ابيح للحاجة

---

(١) فتاوى ابن تيميه .

(٢) العلة المتعبد بها هي التي أمرنا الشارع بها او نهانا عنها او جوزها لنا ولم نعقل لها معنى .

(٣) الهداية والعناية ٣/٢٤ وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة .

(٤) الفتح ٣/٢٧ .

(٥) البدائع ٣/٩٤

والطلاق للحاجة لا يكون الا في زمن الرغبة وزمان الحيض لا رغبة فيه فلا يكون الاقدام على الطلاق ، فيه دليل حاجة الى الطلاق .

وقال ابن الهمام[1] : الاصل في الطلاق الحظر ولا يباح الا لحاجة والحاجة قد تكون خفية فالطلاق في زمن تجدد الرغبة يعتبر حاجة تبيح الطلاق .

الشافعية :

وذهب الشافعية الى تحريم الطلاق البدعي لاضرار الزوجة بتطويل العدة[2].

قال النووي[3] : وقيل ان سألته الطلاق في الحيض لم يحرم لرضاها بتطويل العدة .

وقال الرملي : الاصح التحريم لانها قد تسأله كاذبة .

الحنابلة

وقال الحنابلة[4] :ـ ان العلة في منع الطلاق في الحيض : هي تطويل العدة . وخالفهم ابو الخطاب فقال : لكونه في زمن رغبته عنها .

واما الطلاق في طهر جامعها فيه فقال في الانصاف[5] : والعلة في ذلك : احتمال ان تكون حاملا ، فيحصل الندم ، فان كان الحمل مستبينا فقد طلق وهو على بصيرة فلا يخاف امراً يتجدد معه الندم .

وقال الشيخ تقي الدين : وقد يقال ان الاصل في الطلاق النهي عنه . فلا

---

(١) الفتح ٣/٢٤ .

(٢) الدرة المضية في الرد على ابن تيميه ص ١٠ .

(٣) نهاية المحتاج ٦/١٠٩ وقال ويجوز خلعها في الحيض لحاجتها الى خلاصها ولإطلاق اذنه لثابت في الخلع ، لاخلع اجنبي في الاصح .

(٤) الانصاف ٨/٤٤٩ .

(٥) المصدر السابق ٨/٤٤٨

يباح الا وقت الحاجة وهو الطلاق الذي تتعقبه العدة .

وقال في المغنى[1] : ان الطلاق كره في الحيض لتطويل العدة .

وقال في الشرح الكبير[2] : ولانه اذا طلق في الحيض طول العدة عليها فان الحيض التي طلق فيها لا تحسب من عدتها ولا الطهر الذي بعدها عند من يجعل الاقراء الحيض ، واذا طلقها في طهر أصابها فيه ، لم يأمن ان تكون حاملا فيندم وتكون مرتابة اتعتد بالحمل او الاقراء .

وقال الشوكاني[3] : الحكمة في ذلك ان لا تصير الرجعة لغرض الطلاق[4] فاذا امسكها زمانا يحل له فيه طلاقها . ظهرت فائدة الرجعة لانه قد يطول مقامه معها فيجامعها فيذهب ما في نفسه فيمسكها .

وقال في التاج المذهب[5] : « وامل الحكمة باعتبار السنة أنه ربما يزول الباعث لطلاقها بانتظاره فيمسك عنه محاذرة ان يدخل في قوله صلى الله عليه وسلم : ابغض الحلال الى الله الطلاق .

هل المنع لعلة او هو امر تعبدي :

٣) علة منع البدعى : عند المالكية قولان[6] :

١ ـ علة المنع هي لعدم تطويل العدة واستدلوا لذلك بامرين جاء ذكرهما في المدونة

---

(١) المغني ٨/٢٣٩

(٢) الشرح الكبير ٨/٢٣٥

(٣) نيل الاوطار ٦/٢٢٢

(٤) في رأيي ان هذا تعليل واقعه ولس تعليل حكم

(٥) التاج المذهب ٢/١٢٧

(٦) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٢/٤٢٥

١) جواز طلاق الحامل في الحيض .

٢) جواز طلاق غير المدخول بها في الحيض .

فهؤلاء لا تطويل للعدة في طلاقهن لان الحامل عدتها في وضع حملها وغير المدخول بها لا عدة عليها .

فلو كان المنع في الحيض لامر تعبدي لما جاز الطلاق في الحيض لجميع الزوجات الحامل منهن وغير المدخول بهن سواء .

٢ — وقيل ان منع الطلاق في الحيض ليس بمعلل بل لكونه تعبداً واستدلوا :

١) منع الخلع في الحيض مع انه جاء بناء على طلب الزوجة .

٢) ومنع الطلاق في الحيض ولو رضيت بذلك الزوجة .

فلو كان المنع لعدم تطويل العدة لجاز الخلع في الحيض لان هذا الحق هو حق الزوجة ومن ملك حقاً ملك التنازل عنه ، ولكن بما ان هذا لا يجوز فدل على ان المنع لامر آخر — غير تطويل العدة الذي هو حق لها — هو لامر تعبدي .

وهذان القولان لدى المالكية اشهرهما كما قال ابن الحاجب هو الاول .

وقال اللخمي : الثاني هو ظاهر المذهب ، وهو المعول عليه في المذهب .

ومما يؤيد ما ذهب اليه اللخمي فروع كثيرة جاء فيها المذهب المالكي : ففي العيوب لا يفرق بين الزوجين حال الحيض بل حتى تطهر .

وفي حال التفريق للاعسار لا يطلق القاضي في الحيض ولا في النفاس .

وفي اللعان لا يجوز أن يكون في فترة الحيض والنفاس [١] .

بل قالوا أكثر من ذلك انه لو طلق عليه الحاكم لعيب مثلاً وهي في الحيض فرغم أن التطليق للعيب فرقه بائنه قالوا هنا يقع الطلاق رجعياً ويجبره القاضي على الرجعة . بل يراجع عنه إن رفض ذلك .

---

(١) شرح الخرشي ٣/١٧٠١ .

وعلى هـذا فالتحريم عند المالكية لذات الطلاق بصرف النظر عن تطويل العدة ولهذا لم يستثنوا الخلع في زمن الحيض مع أن الزوجة هي التي طلبت ذلك ورغبت فيه ولو كان التحريم لعـدم تطويل العدة لكان حقاً للمرأة ومن ملك حقاً فقد ملك التنازل عنه ، ولكنه لا يجوز ذلك .

وأيضاً فإن الزوج اذا طلق في الحيض يجبر على الرجعة من غير أن تطالبه الزوجة بالرجعة فدل ذلك على أنه حق الشارع لا حقها[1] .

وقد رأيت هذا النقاش في الإنصاف من كتب الحنابلة[2] :

اختلف الأصحاب في الطلاق في الحيض : هل هو محرم لحق الله فلا يباح وإن سألته إياه ، أو لحقها فيباح بسؤالها ؟..

فيه وجهان . قال الزركشي : والاول ظاهر الكتاب والسنة .

لكن الذي جزم به في الهـداية والمستوعب والمذهب ومسبوك الذهب والخلاصة وغيرهم وقدمه في المحرر والروايتين والحاوي الصغير وغيرهم : ان خلع الحائض – زاد في المحرر وغيره وطلاقها – بسؤالها غير محرم ولا بدعة.

وقال ابن عبدوس في تذكرته ، ولا سنة لخلع ولا بدعة .

والخلاصة :

إن الذين قالوا أن علة المنع : لعدم تطويل العدة اعتبروا ان هذا من حق المرأة فلها أن تتنازل عنه وذلك كما لو طلبت مخالعتها اثناء الحيض فيجوز لزوجها أن يخالعها لأنها قد رضيت بتطويل عدتها فلا حظر .

وأما الذين قالوا ان المنع لئلا يكون الطـلاق في زمن الزهد والفتور لم يجيزوا ذلك .

---

(١) المذاهب الاربعة ٣٠٢/٣

(٢) الانصاف ٤٤٩/٨

والذين اعتبروا المنع لأمر تعبدي قالوا إنه من حق الله ولا يجوز أن يكون بطلب المرأة أي تجاوز عنه لأنه حق الله لا حق الزوجة .

. . .

وفي رأينا أن الطلاق يجب أن يكون في وقت الرغبة ولهذا حرم الاسلام الطلاق في الحيض .

أما الحكمة في تحريم الطلاق في الحيض والنفاس فهو حرص الشارع على أن يكون الطلاق في وقت تشتد فيه حاجه الزوج لزوجته لا أن يكون في وقت النفرة والكراهية . ففي الحيض والنفاس لا يجوز للزوج أن يقرب زوجته، فخشية أن يكون الطلاق لسبب ذلك وهو لبعده عنها وملله من هجره إياها هذه الفترة ، خشية ان يكون الطلاق لهذا السبب الذي سيزول بعد أيام، حرم الشارع الطلاق في هذا الوقت لأنه إن طلق فقد طلق لعارض قد يزول والاسلام لا يبيح الطلاق إلا لحاجة أو سبب يصعب حله او يستعصي أمره ولهذا أمره أن ينتظر ويتربص حتى تنتهي المرأة من حيضها وتطهر وتصبح قريبة منه لا مانع بينهما يستطيع أن ينال الزوج من زوجته فإذا طلق في هذه الحالة دل دلالة واضحة على أن الطلاق لحاجة هي في نفسه أكثر من أن يحلها قرب أو بعد .

وأما اذا جامع امرأته في هذا الطهر وأراد ان يطلقها فأيضاً يمنعه الشارع ويقول له : لا تفعل لأن هذا الوقت ليس زمن رغبة بعد أن نلت منها مرامك ومبتغاك وانتظر ايضاً فقد تندم على ما فعلت وقد لا يفيدك الندم إن كانت الطلقة الثالثة . فالشارع يقدر هنا أن الزوج اذا لامس امرأته فقد تفتر رغبته بعد قضاء وطره منها فيطلق لا رغبة في الطلاق بل زهداً بالمرأة في هذا الوقت بالذات والذي قد تزول دوافعه وأسبابه ويعود فيندم .

وزمن الرغبة قد يكون أيضاً في وقت عرف فيه وضع زوجته وهل هي

حامل أم لا ؟.. ولهذا اباح له أن يطلق اذا عرفها حاملاً لأن وجود الولد هو رغبة صادقة في بقاء الزوجية فإذا ما عزف الزوج عن هذه الحياة وهو يعلم أن ولداً سينتظره ثمرة زواجها دل على أنه يفضل الحياة بدون زوجته لسبب جوهري دعاه الى الطلاق ولذلك قالوا من حكمة منع الطلاق في الطهر ألا تكون الزوجة حاملاً فيندم .

وقال علي ابن ابي طالب : لو أصاب الناس معنى الطلاق ما ندم رجل على امرأة[1] .

ويرجح لدي ان المنع لذات الطلاق لا لعدم تطويل العدة بدليل أنه لو كان هذا من حق المرأة لجاز برضائها او طلبها الطلاق في الحيض كما في الخلع .

. . .

(١) التاج المذهب ٢/١٢٧ وقال صاحب التاج : فينبغي لكل مسلم التأني في الطلاق والتحري على اصابة السنة لئلا يأثم ويندم اذا خالف السنة بالعجلة وعدم التثبت وهذا من نظام الاسلام المبني على الحكمة والرحمة والاتقان .

الفرع الثاني

هل يقع الطلاق البدعي

اجمع الفقهاء على ان الطلاق البدعي منهي عنه لصريح القرآن الكريم حيث اوجب الطلاق للعدة بقوله : «فطلقوهن لعدتهن» اي مستقبلات عدتهن وهذه الكيفية لا تكون في الطلاق البدعي .

ولكن الفقهاء اختلفوا بعد ذلك هل النهي للتحريم ويقع الطلاق مع الإثم ام ان النهي للفساد فلا يقع الطلاق ؟..

قال جمهور الفقهاء ان الطلاق في الحيض محرم ولكنه مع ذلك يقع ويأثم الزوج المطلق .

وقالت بعض المذاهب وفريق من الفقهاء ان الطلاق في الحيض بدعة مردودة فلا يقع .

وقال بعضهم : يقع الطلاق في الحيض مع الاثم ويجبر الزوج على مراجعة زوجته .

اولا ـ مذهب الجمهور

قال الجمهور إن الطلاق في الحيض محرم فمن طلق امرأته في الحيض فهو آثم ومع ذلك يقع الطلاق .

ويبدو لي إن الذين قالوا بالوقوع خالفوا اصولهم لقرائن اخرى صحت عندهم ولم تصح عند غيرهم وإلا فإن القرآن صريح في النهي عن الطلاق في غير العدة .

ولهذا نجد السبكي يقول [1] : ـ دل الكتاب والسنة على أن الطلاق في الحيض محرم . ومع ذلك قضى النبي صلى الله عليه وسلم بنفوذه والاعتداد به وإن كان قد خالف الوجه الذي شرع الطلاق فيه ، فرأينا الشرع أوقع بدعة الطلاق كما أوقع سنته وما ذلك الا لقوة الطلاق ونفوذه .

جاء في الإنصاف [2] : وإن طلق المدخول بها في حيضها او طهر أصابها فيه : فهو طلاق بدعة محرم . ويقع . وهذا الصحيح من المذهب .

جاء في اللباب [3] ـ واذا طلق الرجل امرأته في حال الحيض وقع الطلاق.

وقال النووي [4] ـ أجمعت الآية على تحريم طلاق الحائض بغير رضاها فلو طلقها أثم ووقع طلاقه .

ونقل الشوكاني رأي الجمهور فقال : والطلاق في طهر جامع فيه حرام . وبه صرح الجمهور [5] .

---

(١) الدرة المضية ص ١٠ .

(٢) الانصاف ٨/٤٤٨ ؛ وقال مراده بقوله : او طهر اصابها فيه اذا لم يستبن حملها فلان استبان حملها فلا سنة لطلاقها ولا بدعة . وجاء في المغنى ٨/٢٣٧ : فان طلق للبدعة وهو ان يطلقها حائضاً اوفى طهر اصابها فيه اثم ووقع طلاقه في قول عامة اهل العلم .

(٣) اللباب الميداني ٢/٣٢ .

(٤) شرح صحيح مسلم للنووي ١٠/٦٤ .

(٥) نيل الاوطار ٦/٢٢٢ .

ثانياً — مذهب عدم الوقوع

قال الشيعة الجعفرية والظاهرية : ان الطلاق في الحيض لا يقع لانـه على خلاف ما جاء به الشرع .

وهو رأي بعض التابعين كسعيد بن المسيب .

وبهـذا قال بعض المعتزلة كاسماعيل بن علية .

ومـذهب ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة .

والناصر والشوكاني من الزيدية وآخرون .

الجعفرية :

قال الجعفرية ان الطلاق البدعي لا يقع لانه غير مشروع ومخالف لما جاء في كتاب الله وسنة رسوله :

جاء في التهذيب [1] : الطلاق ثلاثاً في غير عدة ان كانت على طهر فواحدة وان لم تكن على طهر فليس بشيء .

واخرج الكليني في الكافي [2] : – من طلق امرأته ثلاثاً في مجلس واحد وهي حائض فليس بشيء . وقد رد رسول الله صلى الله عليه وسلم طلاق عبدالله ابن عمر اذ طلق امرأته ثلاثا وهي حائض فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك ، وقال : كل شيء خالف كتاب الله فهو رد الى كتاب الله . وقال لا طلاق الا في عدة .

وقال في الاستبصار [3] : – سئل عن الذي يطلق في حال الطهر في مجلس واحد ثلاثا قال : هي واحدة .

---

(١) التهذيب ٢/٢٦٣ وسنده : عن ابي علي الاشعري عن محمد بن عبد الجبار ومحمد بن جعفر ابي العباس والرزاز عن ايوب بن نوح جميعا عن صفوان بن يحيى عن منصور بن حازم عن ابي بصير الاسدي ومحمد بن علي الحلبي وعمر بن حنظلة عن ابي عبد الله عليه السلام قال :

(٢) الكافي ٢/٩٨ وسنده : عن ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام قال :

(٣) الاستبصار ٣/٢٨٥ رقم الحديث ١٠٠٧ عن محمد بن يعقوب عن علي بن ابراهيم عن ابيه ابي عمير عن جميل بن دراج عن احدهما عليهما السلام قال :

وقال في المختصر النافع (١) :

فالبدعة : طلاق الحائض مع الدخول وحضور الزوج أو غيبته دون العدة المشترطة وفي طهر قد قربها فيه وطلاق الثلاث المرسلة وكله : لا يقع .

وقال في السرائر (٢) : ـ فاما الشرائط الخاصة فهو الحيض لان الحائض لا يقع طلاقها اذا كان الرجل حاضرا ويكون قد دخل بها فان طلقها وهي حائض كان طلاقه باطلا ، وكذلك ان طلقها في طهر قد قربها فيه لم يقع الطلاق .

وقال محمد بن ادريس : الذي يقتضيه اصول مذهبنا واجماعنا منعقد عليه أنه لا يجوز للحاضر ان يطلق زوجته المدخول بها وهي حائض بغير خلاف بيننا .

وجاء في جواهر الكلام (٣) : من شروط المطلقة « ان تكون طاهرا من الحيض والنفاس بمعنى بطلان الطلاق فيها بلا خلاف أجده فيه نصا وفتوى » ..

وقال (٤) : « فلو طلقها في طهر واقعها فيه لم يقع طلاق بلا خلاف اجده فيه . »

الظاهرية :

جاء في المحلى (٥) : « من اراد طلاق امرأة له قد وطئها لم يحل له ان يطلقها في حيضتها ولا في طهر وطئها فيه فان طلقها طلقة او طلقتين في طهر وطئها فيه او في حيضتها لم ينفذ ذلك الطلاق وهي امرأته كما كانت . »

---

(١) المختصر النافع ص ٣٢٢ .

(٢) السرائر ص ٣٤٠ مخطوط رقم ٣٣٨ .

(٣) جواهر الكلام ٥/٢٧٦ .

(٤) المصدر السابق ٥/٣٣٩ .

(٥) المحلى ١٠/١٦١ ومن الجدير بالذكر ان الظاهرية يوقعون الطلاق في الحيض اذا كانت الطلقة الثالثة او ثلاثا مجموعة .

ومن الزيدية :

ومذهب الناصر من فقهاء الزيدية عدم وقوع الطلاق البدعي [1] .

ومن الحنابلة :

ذهب ابن عقيل وابن تيمية وابن القيم الى عدم وقوعه :

جاء في الفروع [2] وقد منع ابن عقيل في الواضح من وقوعه في الحيض قال لان النهي يقتضي الفساد .

وقد اطال ابن تيمية للاستدلال على عدم الوقوع في مؤلفاته [3] وكذلك تلميذه ابن القيم وسردوا الادلة التي تثبت عدم الوقوع من القرآن والسنة والقياس [4] .

وكان الجد ابن تيمية صاحب المحرر يفتي بعدم الوقوع احيانا وبالوقوع احيانا اخرى [5] .

ومن المالكية :

جاء في مواهب الجليل بعد ذكر الطلاق البدعي [6] .

.... يكره (البدعي بقسميه) الا الواقع في الحيض فانه يمنع . قال القاضي عبد الوهاب حرام بالاجماع .

وقال في الشامل : وكره في طهر مس فيه وقيل يمنع .

---

(١) الفروع ٢/١٧٩ .

(٢) فتاوى ابن تيمية ٣/٢٥ .

(٣) اغاثة اللهفان ١/٣٠٥ .

(٤) فتاوى ابن تيمية ٣/٢٣ .

(٥) مواهب الجليل ٣/٣٩ .

(٦) زاد المعاد ٤/٤٤ .

وقال الصنعاني [1] : ثم انه قوي عندي ما كنت أفتي به من عدم الوقوع لادلة قوية .

وقال الشوكاني بعد ان اورد حجج الطرفين [2]: ان الله لم يشرع هذا الطلاق ولا اذن فيه فليس من شرعه وامره . وقال : ومن ذهب الى عدم الوقوع : الحافظ محمد بن ابراهيم الوزير والف فيها رسالة طويلة .

• • •

---

(١) سبل السلام ٣/٢٢٩ .

(٢) نيل الاوطار ٦/٢٢٦ .

ثالثاً ـــ مراجعة المطلقة في الحيض

غير ان الفقهاء الذين أوقعوا الطلاق في الحيض اختلفوا في مراجعة المطلقة في الحيض على ثلاثة أقوال : فمنهم من قال يجبر على المراجعة ومنهم من قال ان الرجعة واجبة ومنهم من قال يستحب له المراجعة وسبب الخلاف هنا هو الخلاف حول الامر بالمراجعة في حديث ابن عمر .

فمن حمل الامر على الوجوب قال : يؤمر بالمراجعة ومن حمله على الندب قال يستحب له ذلك [1] .

١ ـــ من قال يجبر على المراجعة

المالكية :

قال المالكية اذا طلق الزوج زوجته في الحيض فانه يؤمر بمراجعتها ان أبى والا راجعها القاضي ما دامت في العدة .

جاء في شرح الخرشي [2] : « يجبر على الرجعة الى آخر العدة . يعني اذا طلقها

---

(١) جاء في شرح المنار لابن ملك ص ١٢٠ ط استانبول ١٣١٥ ذهب جمهور الفقهاء الى ان الامر للوجوب وقوله : فادنى الترجيح الندب ، هذا فاسد لان الموضوع للشيء محمول على الكامل منه لانه ثابت من كل وجه دون الناقص منه لانه ثابت من وجه دون وجه والكامل من الطلب مالا يكون فيه رخصة الترك وذلك في الوجوب دون الندب .

(٢) الخرشي ١٦٩/٣ وقال : ومن طلق زوجته في حال حيضها او نفاسها وراجعها أو ابى ان يراجعها فأجبره الحاكم على رجعتها والزمه اياها ثم اراد طلاقها فانه يستحب له ان يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء طلقها قبل ان يمسها وانما امر ان لا يطلقها في الطهر الذي يلي الحيض المطلق فيه لانه جعل للاصلاح وهو لا يكون الا بالوطء وبالوطء يكره له الطلاق فيمسكها حتى تحيض اخرى ثم تطهر .

في الحيض فانه يجبر على رجعتها الى آخر العدة أي اذا غفل عنها لما طلقها زوجها في الحيض أي الى ان طهرت ثم حاضت ثم طهرت ثم علمنا بذلك فانه يجبر على الرجعة ما بقي شيء وهذا هو المشهور . خلافا لاشهب القائل بأنـه يجبر على الرجعة ما لم تطهر من الحيض الثانية لانه عليه الصلاة والسلام اباح طلاقها في هذه الحالة فلم يكن للاجبار معنى .

فاذا ارتكب الرجل المحظور بأن طلق زوجته في حال حيضها او في حال نفاسها وامره الحاكم ان يراجعها فأبى ذلك فانه يهدده بالسجن فان لم يفعل سجن فان لم يفعل هدده بالضرب . فان لم يفعل ضرب . فان تمادى الزمه الرجعة . ويرتجعها له بأن يقول ارتجعت لك زوجتك » .

وقال « وجاز الوطء بارتجاع الحاكم له والتوارث وان كان بلا نية من الزوج لان نية الحاكم قامت مقام نيته » .

ويجبر الزوج على الرجعة ولو لم تطلب المرأة ذلك »[1] .

. . .

٢ ـ من قال بالندب والاستحباب

الشافعية :

وقال الشافعية : يسن لمن طلق في الحيض ان يراجع زوجته .

جاء في متن المنهاج للنووي[2] :

« ومن طلق بدعيا سن له الرجعة ثم ان شاء طلق بعد طهر » .

---

(١) المذاهب الاربعة ٣/٣٠٢ .

(٢) مغني المحتاج ٣/٣٠٩ وقال النووي في شرحه صحيح مسلم ١٠/٦٤ في طلاق البدعي : فلو طلقها اثم ووقع طلاقه ويؤمر بالرجعة .

وقال الرملي في نهاية المحتاج [١] : ولم تجب الرجعـة لان الامر بالامر بالشيء ليس امراً بذلك الشيء وليس في قوله فليراجعها امر لابن عمر لانه تفريع على امر عمر، فالمعنى : فليراجعها لكونك والده . واستفادة الندب منه حينئذ انما هي من القرينة واذا راجع ارتفع الاثم المتعلق بحقها لان الرجعة قاطعة للضرر من أصله فكانت بمنزلة التوبة ترفع أصل الحيض [٢] .

الحنابلة :

وعند الحنابلة ثلاث روايات : الاستحباب والوجوب والاجبار على الرجعة. اصحها الرواية الاولى .

جاء في الانصاف [٣] : — وتستحب رجعتها — هذا الصحيح من المذهب وعليه جماهير الاصحاب . وعنه انها واجبة في الحيض [٤] .

وجاء في المغني [٤] : ويستحب ان يراجعها لامر النبي بمراجعتها واقل احوال الامر الاستحباب . ولانه بالرجعة يزيل المعنى الذي حرم الطلاق .

ولا يجب بذلك في ظاهر المذهب .

وفي المحرر [٥] : وعن احمد روايتان : انه تستحب رجعتها .
والرواية الثانية : تجب رجعة المطلقة في الحيض ولا يطلقها في المطهر المتعقب له فانه بدعة .

---

(١) نهاية المحتاج ١١١/٦ .

(٢) في الفتح الباري ٢٨٥/٩ .

(٣) الانصاف ٤٥٠/٨ .

(٤) المغنى ٢٣٩/٨ .

(٥) المحرر ٥٠/٢

مناقشة الحنابلة :

قال الحنابلة في كثير من فروعهم ان الامر يفيد الوجوب كما في المتعة فقدجاء في المغني[1] – اثناء مناقشة الامام مالك في المتعة وما ذهب اليه انها مستحبة قالوا : ولنا قوله تعالى :– ومتعوهن – امر والامر يقتضي الوجوب. وهنا : مر ابنك فليراجعها أليس هذا امراً فلماذا اعتبرنا الامر هناك للوجوب وهنا للاستحباب ؟..

• • •

٣ – من قال بالوجوب

الاحناف :

وقال الاحناف ان رجعة من طلقت في الحيض واجبة على من طلقها .

جاء في متن القدوري[2] – اذا طلق امرأته في حال الحيض وقع الطلاق ويستحب له ان يراجعها .

ولكني تتبعت شراح المتن المذكور واكثر الكتب فوجدت ان الرجعة واجبة وليست مستحبة كما ذهب اليه القدورى .

---

(١) المغنى ٨/٤٨ .

(٢) متن القدورى ٢/٣٢ .

قال صاحب الجوهرة في شرحه على المتن المذكور[1] : الاستحباب ، قول بعض المشايخ والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر وهو قوله عليه السلام لعمر مر ابنك فليراجعها وكان قد طلقها وهي حائض ، فان قيل الامر انما اثبت الوجوب على عمر ان يأمر ابنه بالمراجعة فكيف يثبت وجوب المراجعة بقول عمر .

قلنا : فعل النائب كفعل المنوب عنه فصار كأن النبي هو الذي امره بالمراجعة فثبت الوجوب .

وقال في اللباب[2] — والاصح انه واجب — وقد نقل عن برهان الائمة المحبوبي قوله : وتجب رجعتها في الاصح .

وقال في ملتقى الابحر[3] : — وتجب مراجعتها في الاصح — وقال شارح الملتقى في مجمع الانهر[4] — عملا بحقيقة الامر ورفعاً للمعصية بالقدر الممكن برفع اثرها وهو العدة .

وقال في در المنتقى[5] وتجب مراجعتها في الاصح لقوله عليه السلام لعمر مر ابنك فليراجعها عملا بحقيقة الامر .

وقال في البدائع[6] — فالافضل ان يراجعها ولو امتنع عن الرجعة لا يجبر عليها .

---

(١) الجوهرة : ٣٢/٢ .

(٢) اللباب على هامش الجوهرة ٣٢/٢ .

(٣) ملتقى الابحر ٣٨٣/١ .

(٤) المرجع السابق .

(٥) المرجع السابق .

(٦) البدائع ٩٤/٣ .

وجاء في الهداية[1] ـ ثم ان الاستحباب قول بعض المشايخ والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر ورفعا للحيض بالقدر الممكن برفع أثرها وهو العدة ودفعاً لضرر تطويل العدة .

واما صاحب تنوير الابصار[2] فقد اقتصر على ذكر الوجوب فقال وتجب رجعتها فيه (أي في الحيض) .

وقال صاحب الدر المختار : على الاصح .

وقال ابن عابدين في شرحه : قوله على الاصح مقابلة قول القدوري انها مستحبة لان المعصية وقعت فتعذر ارتفاعها ووجه الاصح قوله صلى الله عليه وسلم لعمر في حديث ابن عمر في الصحيحين ـ مر ابنك فليراجعها حين طلقها في حالة الحيض فانه يشتمل على وجوبين :

صريح وهو الوجوب على عمران يأمر وضمني وهو ما يتعلق بابنه عند توجيه الصيغة اليه فان عمر نائب فيه عن النبي فهو كالمبلغ وتعذر ارتفاع الحيضة صارفا فلصيغه عن الوجوب لجواز ايجاب رفع اثرها وهو العدة وتطويلها اذ بقاء الشيء ما هو اثره من وجه فلا تترك الحقيقة .

---

(١) الهداية ٣/٣٤ وقال ابن الهمام في فتح القدير في شرحه : واما عندنا فمى الامر الصيغة الموجب كما ان الصيغة حقيقة في الوجوب فيلزم الوجوب منها وان كانت صادرة عن عمر لا النبي لانه نائب عنه فيها فهو كالمبلغ للصيغة فاشتمل قوله مر ابنك على وجوبين : صريح وهو الوجوب على عمر رضي الله عنه ان يأمر وضمني وهو مايتعلق مابينه عند توجيه الصيغة اليه .

والقائلون بالاستحباب هنا انما بنوه على ان المعصية وقعت فتعذر ارتفاعها فبقي مجرد التشبيه بعدم مباشرتها والجواب ان ذلك لايصلح صارفا للصيغة عن الوجوب لجواز ايجاب رفع اثرها وهو العدة وتطويلها اذ بقاء ماهو اثره من وجه فلا تترك الحقيقة .

(٢) حاشية ابن عابدين ٢/٤٣٠ .

الرجعة واجبة عند داود :

وقال داود[1] يجبر اذا طلقها حائضاً لا اذا طلقها نفساء لظاهر الامر بالوجوب.

الزيدية :

وعند الزيدية ان الرجعة مستحبة وقيل انها واجبة .

جاء في البحر الزخار[2] : ومن طلق بدعياً استحب له الرجعة واستئناف الطلاق للسنة لقوله عليه السلام مرة فليراجعها – بل يجب لظاهر الامر[3] .

***

(١) نيل الاوطار ٢٢١/٦ ونشير هنا الى ان المذهب الظاهري كما نقلنا عن المحلى ان الطلاق في الحيض لا يقع فلعل داوود انفرد بالرأي هذا ونقل هذا عن داوود المغني ايضاً ٢٣٩/٨ .

(٢) البحر الزخار ١٥٤/٣

(٣) أما صاحب التاج المذهب ١٢٧/٢ – فقال : ومن طلق امرأته بدعة استحب له ان يراجعها ثم يمسكها حتى تطهر فان بدا له ان يطلقها فليطلقها للسنة قبل ان يمسها كما امر النبي ابن عمر .

الفرع الثالث

ادلة من قالوا بالوقوع

استدل الجمهور على رأيه بوقوع الطلاق في الحيض بعدة ادلة :

١) القرآن الكريم .

٢) السنة النبوية .

٣) الادلة القياسية .

٤) فتاوى الصحابة .

٥) الاجماع .

١) عموم آيات الطلاق في القرآن

١ — قوله تعالى في سورة الطلاق: «يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة، واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة — وتلك حدود الله، ومن يتعدّ حدود الله فقد ظلم نفسه. لا تدري لعلّ الله يحدث بعد ذلك أمرا».

دلت هذه الآية بقوله تعالى: فطلقوهن لعدتهن: اننا اذا اردنا الطلاق فيجب ان يكون للعدة والطلاق للعدة كما فسر النبي هو الطلاق في طهر لم يجامعها فيه او عند استبانة الحمل.

وقوله تعالى: «ومن يتعدّ حدود الله فقد ظلم نفسه» يدل على انه من خالف طلاق العدة والحدود التي رسمها الشارع له فقد ظلم نفسه. ولا يكون ظالماً نفسه الا اذا وقع الطلاق. والا فأي معنى لكلام لا أثر له ان يكون محرماً وفيه ظلم لقائله.

٢ — اطلاق النصوص في جميع آيات الطلاق وعمومها يدل على جواز ايقاع الطلاق في كل وقت، قال تعالى: فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره. وقوله تعالى: «الطلاق مرتان» «وللمطلقات متاع بالمعروف».

فهذه نصوص عامة لا مخصص لها فدلت بعمومها على وقوع الطلاق في اي وقت أوقعه من له الحق بذلك.

فعلى من يدعي ان هذه النصوص مخصصة فليأت بمخصص لها من قرآن او سنة او اجماع ولا شيء من ذلك.

٢) أدلة الأحاديث

كما استدلوا على رأيهم بوقوع الطلاق في الحيض بعدة أحاديث :

روي مسلم في صحيحه[١] عن قتادة قال : سمعت يونس بن جبير قال : سمعت ابن عمر يقول : طلقت امرأتي وهي حائض فأتى عمر النبي فذكر ذلك له فقال النبي ﷺ: ليراجعها فاذا طهرت فان شاء فليطلقها . قال: فقلت لابن عمر افأحتسبتَ بها . قال : ما يمنعه أرأيت ان عجز واستحمق .

وروى مسلم ايضاً[٢]: عن الليث بن سعد عن نافع عن عبدالله انه طلق امرأة له وهي حائض تطليقه واحدة فأمره رسول الله ان يراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض عنده حيضة اخرى ثم يمسكها حتى تطهر من حيضتها فان اراد ان يطلقها فليطلقها حين تطهر من قبل ان يجامعها فتلك العدة التي امر الله ان يطلق لها النساء .

قال مسلم : جود الليث في قوله تطليقة واحدة .

وروى البخاري[٣] عن ابن سيرين قال سمعت ابن عمر قال: طلق ابن عمر امرأته وهي حائض فذكر عمر للنبي صلى الله عليه وسلم فقال ليراجعها: قلت تحتسب . قال فمه :

وقال ابن حجر في شرحه : القائل قلت : هو انس بن سيرين ، قوله

---

(١) صحيح مسلم ٦٧/١٠ وسنده: حدثنا محمد بن المثنى وابن بشار قال ابن المثنى حدثنا محمد بن جعفر حدثنا شعبة عن قتادة قال :..

(٢) صحيح مسلم ٦٠/١٠ وجاء الحديث بلفظ آخر في النسائي ايضاً ١٣٨/٦ .

(٣) صحيح البخاري ٢٨٨/٩ . ط عبد الرحمن محمد ١٣٤٨ .

فمه اصله فما وهو استفهام فيه اكتفاء .

وقال ابن حجر : ويحتمل ان تكون الهاء اصيلة وهي كلمة تقال للزجر اي كف عن هذا الكلام [1] » .

وفي سنن ابن ماجه [2] : عن يونس بن جبير قال سألت ابن عمر عن رجل طلق امرأته وهي حائض . فقال اتعرف عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض فأتى عمر النبي صلى الله عليه وسلم فأمره ان يراجعها قلت أيعتد بذلك ؟.. قال ارأيت ان عجز واستحمق.

وفي سنن النسائي [3] : سئل الزهري : كيف الطلاق للعدة ؟.. فقال : اخبرني سالم بن عبد الله بن عمران عبد الله بن عمر قال : طلقت امرأتي في حياة رسول الله وهي حائض فذكر ذلك عمر لرسول الله فتغيظ رسول الله في ذلك فقال : ليراجعها ثم يمسكها حتى تحيض حيضة وتطهر فان بدا له ان يطلقها طاهرا قبل ان يمسها فذاك الطلاق للعدة كما انزل الله عز وجل . قال عبد الله بن عمر : فراجعتها وحسبت لها التطليقة التي طلقتها .

وفي لفظ للبخاري [4] - عن سعيد بن جبير عن ابن عمر قال حسبت علي بتطليقة .

---

(١) الفتح الباري ٢٨٩/٩ .

(٢) سنن ابن ماجه وسنده : حدثنا نصر بن علي الجهضمي ثنا عبد الاعلى ثنا هشام عن محمد عن يونس بن جبير ابي غلاب قال سألت ابن عمر وجاءت هذه الرواية في النسائي ١٤١/٦

(٣) سنن النسائي ١٣٧/٦ (حاشية السندي شرح السيوطي)

(٤) صحيح البخاري ٢٨٩/٩.

وروى ابن حزم في المحلى :من طريق ابن وهب عن ابن ابي ذؤيب ان نافعاً اخبرهم عن ابن عمر انه طلق امرأته وهي حائض فسأل عمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال : مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء امسك بعد ذلك وان شاء طلق قبل ان يمس فتلك العدة التي امر الله تعالى ان تطلق لها النساء . وهي واحدة [١] .

قال ابن حجر [٢] - وهذا نص في موضع الخلاف فيجب المصير اليه .

من هـذه الروايات استدل الجمهور على وقوع الطلاق في الحيض حيث احتسبت الطلقة في قصة ابن عمر المذكورة، وذلك للالفاظ التي جاءت في مختلف الروايات السابقة وهي : —

ارأيت ان عجز واستحمق ..

وهي واحدة .. تطليقة واحدة ..

وحسبت لها التطليقة التي طلقها ..

ونلاحظ ان الالفاظ كلها تكاد تكون صريحة ما عدا قوله : - مه ارأيت ان عجز واستحمق فما هو المقصود منها ؟ .

قال ابن حجر [٣] - في تفسير هذه الجملة : اي فما يكون ان لم يحتسب . ويحتمل ان تكون الهاء اصيلة وهي كلمة تقال للزجر اي كف عن هذا الكلام فانه لا بد من الوقوع الطلاق بذلك .

وقال ابن عبد البر : قول ابن عمر فمه معناه فأي شيء يكون اذا لم يعتد

---

(١) المحلى ١٠/١٦٤ زاد المعاد ٤/٤٩ .
(٢) الفتح الباري ٩/٢٩٠ .
(٣) المصدر السابق .

بها . انكارا لقول السائل ايعتد بها فكأنه قال وهل من ذلك بد.

وقوله : ارأيت ان عجز واستحمق اي ان عجز عن فرض فلم يقمه ، او استحمق فلم يأت به ايكون ذلك عذرا له .

وقال الخطابي : في الكلام حذف اي ارأيت ان عجز واستحمق ايسقط عنه الطلاق حمقه او يبطله عجزه . وحذف الجواب لدلالة الكلام عليه .

وبهذه التأويلات والتفسيرات قامت حجة الذين اوقعوا الطلاق في الحيض .

* * *

٣) الادلة القياسية

استدل الجمهور على رأيه بوقوع الطلاق في الحيض بعدة ادلة قياسية جمعت بعضها من مختلف الكتب الفقهية :

١) ان شمول اسم الطلاق على المحرم منه دليل على اعتباره .

ولهذا تراهم يقولون : طلق ابن عمر امرأته وهي حائض .

ويقولون : ان الطلاق نوعان :طلاق سنة وطلاق بدعة .

ويقول ابن عباس : الطلاق على اربعة اوجه وجهان حلال ووجهان حرام.

فهذه التسمية دليل على ان الطلاق بهذه الصفة وان كان محرماً فهو طلاق حقيقة ، فلو لم يكن كذلك لما اطلق الاسم عليه لان اللفظ الذي لا معنى له لا اثر له في الحقيقة والواقع[١] .

٢) من الورع والاحتياط ان نلزم من طلق بالحيض بتلك الطلقة اذ قد يطلقها طلقتين بعدها أو قد تكون هي الطلقة الثالثة . فتبقى عنده وهي محرمة عليه حتى تنكح زوجاً غيره .

ولهذا كان اعتبار الطلقة في الحيض تلافياً للوقوع في المحرم[٢] .

٣) وقالوا ان النبي صلى الله عليه وسلم أمر ابن عمر بمراجعة زوجته وهذا ما جاء في جميع الروايات بلا استثناء والمراجعة لا تكون الا بعد طلاق . فدل بذلك على ان الطلاق في الحيضة التي طلقها بها وقعت وعلى هذا فالطلاق في الحيض واقع .

---

(١) زاد المعاد ٤٩/٤ .

(٢) المحلى ١٦٥/١٠ .

قال ابن الهمام[1] : وفي امره صلى الله عليه وسلم ابن عمر ان يراجعها حين طلقها وهي حائض دليل على بطلان قولهم في الحيض .

٤) وقال[2] : العلامة الكوثري تغمده الله برحمته :

القول ببطلان الطلاق في الحيض يجعل الطلاق بيد المرأة حيث لا يعلم الحيض والطهر الا من جهتها .

• • •

---

(١) فتح القدير ٣/٢٥ .

(٢) الاشفاق في احكام الطلاق ص ٢٢ .

٤) فتاوى الصحابة

فتوى عثمان وزيد: افتى عثمان وزيد بن ثابت بوقوع الطلاق في الحيض[١] —

فتوى ابن عمر : عن الزهري عن سالم عن ابيه فذكر طلاقه لامرأته وهي حائض وقال في آخره : فراجعتها وحسبت لها التطليقة التي طلقتها[٢] — وفي بعض الروايات ما يمنعني ان اعتد بها[٣] .

فتوى نافع : عن ابن جريج قال ارسلنا الى نافع وهو يترجل — يسرح شعره في دار الندوة ذاهباً الى المدينة ونحن مع عطاء — هل حسبت تطليقة ابن عمر امرأته حائضا على عهد رسول الله ، قال : نعم[٤] .

٥) الاجماع

وقالوا : ان الاجماع انعقد منذ عصر الصحابة والتابعين على وقوع الطلاق في الحيض ولم يخالف في ذلك احد والاجماع حجة[٥] .

• • •

---

(١) زاد المعاد ٤/٤٩ .

(٢) المحلى ١٠/١٦٤ وسنده : ومن طريق مسلم حدثني اسحاق بن راهويه انا يزيد بن عبدربه فامحمد بن حرب حدثني الزبيري محمد الزهري عن سالم عن ابيه .

(٣) وجاء الحديث ايضاً في زاد المعاد ٤/٤٩ .

(٤) رواه ابن حزم في المحلى من طريق عبد الرزاق ١٠/١٦٤ ، وجاء في زاد المعاد ٤/٤٩ .

(٥) الدرة المضية في الرد على ابن تيمية للسبكي ص ٩

مناقشة الدليل الاول

١) قوله تعالى : «فطلقوهن لعدتهن » اي مستقبلات عدتهن .

قالوا : ان ايات الطلاق في القرآن جاءت عامة وعلى من يدعي انها مخصصة فليأت ببرهانه ... ونحن لا نسلم بان ايات الطلاق جاءت عامة بل كل اية جاءت لبيان حكم معين قد تكون مفسرة وقد تكون مجملة جاءت السنة ببيانه .

فاية : «فطلقوهن لعدتهن » جاءت مجملة ففسرتها السنة النبوية بحديث ابن عمر واجمع الصحابة والمفسرون على ان المراد منها ان يطلق الزوج زوجته وهي مستقبلة العدة أي في طهر لم يمسها فيه .

واما ما ذهبوا اليه من قوله تعالى : ومن يتعدَّ حدود الله فقد ظلم نفسه دليل على الوقوع .. فهذا قياس غريب اذ أن الشارع يريد ان يقول محذراً من يخالف امر الله فيما شرعه له كمن يقول لاخر من شرب الخمر فقد ظلم نفسه فهل يعني هذا ان شرب الخمر مباح لانه ترتب عليه ظلم النفس .

ان ترتب الظلم على مخالفة شرع الله دليل المعصية لا دليل الوقوع فالنهي عن الجمع بين المراة وعمتها لئلا يؤدي الى قطيعة الرحم هل يقال ان هذا مباح لانه طالما يؤدي الى قطيعة الرحم دل هذا على صحته اذ لو لم يكن موجوداً لما قطع به الرحم[1] .

قال ابن حزم[2] : « علمنا الله عز وجل كيف يكون طلاق الموطوءة واخبرنا ان تلك حدود الله وان من تعداها ظالم لنفسه ، فصح ان من ظلم وتعدى حدود الله عز وجل ففعله باطل مردود . »

---

(١) فتاوى ابن تيمية ٣/٧ ؛

(٢) المحلى ١٠/١٦٢ .

مناقشة الدليل الثاني

لقد استدل من أوقع الطلاق في الحيض بروايات أشهرها ثلاث وردت عن ابن عمر ، ونحن سوف نناقش هذه الروايات لنعرف مدى صحتها :

١) **الرواية الاولى** : قول ابن عمر : أرأيت ان عجز واستحمق .

الحق ان هذا التعبير من ابن عمر ليس واضح الدلالة على ما فهمه الجمهور من وقوع المطلقة في الحيض ، والأحكام لا تؤخذ بالظنون والتأويلات ، وقد رأينا ماحمل اصحاب الرأي على تأويل المراد من هذه الجملة كل على حسب مايراه وكلها تحميل للنص فوق ما يحتمل .

ثم اذا كان الطلاق في الحيض واقعاً وقد حسبه النبي عليه السلام طلقه ، فلماذا لم يجب ابن عمر صراحة لسائله بقوله : (نعم) مثلاً ؛ بل قال له : أرأيت إن عجز واستحمق !...

وهذا الكلام كما فسره وأوّله من احتج بالوقوع الا نستطيع أن نفسره تفسيراً يتمشى مع القائلين بعدم الوقوع فنقول : إن معناه من خالف شرع الله في الطلاق فطلق على خلاف ما امر الله ورسوله فقد عجز واستحمق ؟ .. ومن خالف المشروع كان عمله باطلا ، مردوداً [١] .

بل ألا يحتمل اللفظ ان يكون المراد منه الزجر عن السؤال ، وإخبار السائل بأن ابن عمر عجز واستحمق في ذلك حيث لم يعرف حكم الله حين طلق .

والخلاصة : ليس فى هذا اللفظ ما يدل على وقوع الطلقة بل كلها تفسيرات وتأويلات ، والأحكام لا تؤخذ من ألفاظ لا بيان فيها ولا وضوح .

٢) **والرواية الثانية** : وحسبت لها التطليقة ... هذه الجملة لا يعرف بالضبط من هو الذي احتسبها طلقة هل هو ابن عمر ام النبي ... فكلمة (وحسبت)

---

(١) زاد المعاد ٤/٥٤ .

(٢) يشير بذلك الى الروايات الاخرى لانفس الرواية .

ان كانت بالبناء للفاعل ـ كان ذلك قول صحابي حدثنا فيه عن طلقة اوقعها هو بنفسه ، وقول الصحابي لا حجة فيه إن لم يؤيده القرآن او السنة ، وإن كانت بالبناء المفعول ـ احتمل الامر احد معنيين : اما ان يكون الرسول هو الذي احتسبها ؛ وإما ان يكون ابن عمر : ومع وجود الاحتمال لايصح الاستدلال[1].

قال في المحلى[2] : «لم يقل ابن عمر إن رسول الله حسبها تطليقة ، ولا إنه عليه الصلاة والسلام هو الذي قال له : اعتدّ بها طلقة ؛ إنما هو اخبار عن نفسه ولا حجة في فعله ولا فعل احد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم .»

وقال ابن القيم[3] :

وأما قوله : فحسبت من طلاقها ، ففعل مبني لما لم يسم فاعله . فاذا سمي فاعله ظهر وتبين هل حسبانه حجة أو لا . وليس في حسبان الفاعل المجهول دليل البتة ، وسواء كان القائل (فحسبت) ابن عمر او نافعاً أو من دونه ، ليس فيه بيان أن رسول الله صلى الله عليه وسلم هو الذي حسبها حتى تلزم الحجة به وتحرم مخالفته .

وقد ردوا على هذا بقولهم : إن ابن عمر لا يظن به ان يخالف رسول الله فيحسب الطلقة ، والرسول عليه السلام لم يرها شيئاً . فقول ابن عمر : حسبت علي بتطليقة ، يُفيد أن الذي حسبها عليه هو النبي عليه السلام ، لان قول الصحابي أمرنا بكذا في عهد رسول الله هو في حكم المرفوع الى النبي .

قال ابن حجر في فتح الباري[4] : وعندي أنه لاينبغي أن يجيء فيه الخلاف

---

(١) قال في سبل السلام ٣/٢٢٨ لم يصرح بالفاعل هنا فان كان الفاعل ابن عمر فلا حاجة فيه وان كان النبي صلى الله عليه وسلم فهو الحجة ... ثم قال وقد ورد ان الحاسب لها هو النبي من طرق يقوى بعضها بعضا ».

(٢) المحلى ١٠/١٦٥.

(٣) زاد المعاد ٤/٤٥ .

(٤) فتح الباري ٩/٢٩٠ .

الذي في قول الصحابي امرنا بكذا ، فان ذاك محله حيث يكون إطلاع النبي صلى الله عليه وسلم هو الآمر بالمراجعة وهو المرشد لابن عمر فيها يفعل اذا اراد طلاقها بعد ذلك .

* * *

٣) - والرواية الثالثة قوله: وهي واحدة :

هذه كلمة صريحة إذا صحت نسبتها الى ابن عمر كانت كما قال ابن حجر نصاً لا يحتمل التأويل في موضع الخلاف . على أننا لو رجعنا الى الذين قالوا بعدم الوقوع نجد أنهم حاولوا ايضاً تأويل هذه اللفظة من حيث المعنى ومن حيث نسبتها الى الرسول عليه السلام .

فقالوا : هذه الجملة يحتمل ان يكون قائلها ابن أبي ذؤيب ، لأننا لا نقطع بأن قائلها هو الرسول عليه السلام ، والأحكام لا تؤخذ بالاحتمالات والظنون ، ولا يجوز ان ينسب الى رسول الله ما لا يتيقن انه من كلامه ويشهد به عليه ، ولو صح أنها من كلام النبي وأن المراد بها طلقة واحدة ، لأخذنا بها ولما قدمنا عليها شيئاً آخر .

ويبلغ الجدل الفقهي مداه عند ابن حزم حين يقول : ثم لو صح يقيناً انها من كلام النبي لكان معناه : وهي واحدة أخطأ فيها ابن عمر[١] .

وفي رأيي ان الجدل الفقهي يجب ان لا يخرجنا عن دائرة الصواب فتفسير النصوص في الشرائع لا يؤخذ بهذه التأويلات . فلفظ وهي واحدة صريحة لا تحمل اي معنى غير وقوع الطلقة ؛ ولكن يا ترى أي طلقة هذه ؟ .

إن قوله وهي واحدة عقب كلامه : وإن شاء طلق قبل ان يمس ، يستلزم ان يعود الضمير الى الطلقة التي يصفها له عليه السلام ، وهي طلقة الطهر لا طلقة الحيض ، لأنه لا يوجد ذكر لاسم الطلاق إلا هذا ، فكيف نعود بالضمير الى

---

(١) المحلى ١٠/١٦٤: زاد المعاد ٤/٥ .

طلاق لم يذكر في الكلام ونستبعد إضافته للكلام الصريح ؟ .

إن النبي عليه السلام لم يذكر طلاق الحيض حتى نرجع ضميره وهي واحدة، إليه . فضلاً عن ان الضمير يعود الى اقرب مذكور ، وهو طلاق الطهر ، والحديث : مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسك بعد ذلك وان شاء طلق قبل ان يمس ، فتلك العدة التي امر الله تعالى ان تطلق لها النساء ، وهي واحدة .

• • •

يقول الأستاذ أحمد شاكر[1] : « والصحيح الواضح أن قوله : هي واحدة إنما يراد به الطلقة التي ستكون في الطهر الثاني في قبل العدة لانها أقرب مذكور الى الضمير ؛ بل انه لم يذكر غيرها في اللفظ النبوي الكريم ، وطلقة الحيض أشير اليها فيه فقط ، وفهمت من سياق الكلام ، فلا يمكن ان يعود الضمير إليها - ويكون معنى قوله : هي واحدة ان طلق كما امر كانت طلقة واحدة ، ولا تكون طلقة ثانية ، لعدم الاعتداد بالاولى التي كانت لغير العدة » .

هذا هو التفسير الذي نختاره للفظة - وهي واحدة - ، وبذلك يندفع الإشكال ، ونبتعد عن المماحكات الفقهية والتأويلات البعيدة عن الفهم الصحيح ويصبح معنى الحديث :

مرة فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد ذلك وان شاء طلق قبل ان يمس ، فتلك العدة التي امر الله تعالى ان تطلق لها النساء . وهي واحدة .

فلفظة هي واحدة تعود الى الطلقة التي سيوقعها ان شاء بعد امر النبي عليه السلام ، أي اذا طلقت كما امرتك فهي واحدة .

---

(١) نظام الطلاق ص ٣٩ وانظر ايضاً : فقه القرآن والسنة حسن مأمون ص ٦٢ وفرق الزواج ص ٣٠ ومذكرات الاستاذ الزفزاف ص ٧٤ .

ويرد العلامة الكوثري [1] : على الاستاذ شاكر فيقول :

وهل ينافي فرض كونها واحدة أن يقع قبلها طلاق على المرأة حيقيقة .

ومعنى كلام الكوثري ان تفسير الاستاذ شاكر صحيح ولكنه لا يحل الاشكال لأن احتساب الطلقة الثانية لا ينافي عدم احتساب الطلقة الأولى .

ولكني أقول للاستاذ الكوثري : ان كلام النبي عليه السلام فيما يحكم به هو تشريع منزه عن العبث ، فأي معنى في قوله عليه السلام : ان الطلقة التي اوقعتها يا ابن عمر هي واحدة وان التي ستوقعها هي واحدة ايضاً ؟ . . . .

الذي يجب ان نفهمه من كلمة – وهي واحدة – أن الطلقة التي ستوقعها كما أمرك تفسيراً لماجاء في القرآن الكريم : فطلقوهن لعدتهن : هي طلقة واحدة .

وإذا فهمنا ان الطلقة قبل المس في الطهر هي واحدة كان المعنى انه لم يسبقها طلاق آخر ، وهذا يعني ان طلقة الحيض التي اوقعها ابن عمر وجاء أبوه يسأل عنها لم تقع .

وبهذا يتضح لنا ان الدليل الذي ساقه الجمهور في هذه الروايات لدعم مذهبهم فضلاً عن أنه لا يصلح دليلاً لهم فهو حجة عليهم بعدم الوقوع لا في الوقوع .

. . .

---

(١) الاشفاق في احكام الطلاق ص ٢٢ .

مناقشة الدليل الثالث

١ - واما قولهم ان شمول اسم الطلاق على المحرم منه دليل على اعتباره فينقضه لو كان للعقود الباطلة او الفاسدة في الشريعة الاسلامية إسما يختلف عن الصحيحة منها . اما وان باطل العقد وصحيحه له مسمى واحد فيقال نكاح فاسد وبيع باطل كنكاح الامهات والبنات وبيع الخمر والميتة ولحم الخنزير.. فالتسمية واحدة . ولكن لكل منها حكم يختلف عن الآخر إذمتى كان شمول اللفظ للفاسد ، او للباطل من العقود يصحح فسادها او بطلانها [١] .

وفعلاً لو نحن رجعنا الى القواعد العامة في العقود نجد ان الشارع هو الذي يرتب الاثر على كل عقد فاطلاق الفاسد او الباطل على أي تصرف لايعطيه الصفة الشرعية طالما ان الآثار ليست هي بيد من يسمي هذه العقود انما هو بيد الشارع الذي يرتب عليها الأثر .

يقول ابن تيميه [٢] : «وقول القائل انه شرعي إن اراد انه يسمي بما اسماه به الشارع فهذا صحيح وإن اراد ان الله أذن فيه فهذا خلاف النص والاجماع وان اراد انه رتب عليه حكمه وجعله يحصل المقصود ويلزم الناس حكمه كما في المباح فهذا باطل بالاجماع .

إن كل عقد له وجهان وجه صحيح إذا استوفى اركانه وشرائطه ووجه فاسد أو باطل إذا اختل شرط أو فقد ركن فيه والمسمى واحد .

يقول ابن تيميه [٣] : «ان كل عقد يباح تارة ويحرم تارة كالبيع والنكاح

---

(١) زاد المعاد ٤/٩٤ .
(٢) فتاوى ابن تيميه٣/٤٨ .
(٣) المصدر السابق ٣/٣٤

إذا فعل على الوجه المحرم لم يكن لازماً كما يلزم الحلال الذي أباحه الله ورسوله ».

٢ ـ واغرب ما ساقوه للاستدلال على رأيهم بوقوع الطلاق في الحيض أنهم قالوا: أنه من الورع أن نلزم من طلق بالحيض بتلك الطلقة . . .

أقول من الغريب لأننا نعرف أن للشريعة الاسلامية احكاما تسمى بالاحكام الديانية فيقال: يجوز ديانة ولا يجوز قضاء والعكس، فكلمة الورع هذه التي ساقوها حجة لهم يمكن أن نسلم لهم فيها ان كان الاساس سليما وصحيحا على أنها من الاحكام الديانية، ولكن بالعكس نجدهم أنفسهم يصرحون بهذا الذي اقوله فيقولون أن من طلق في الحيض فهو آثم ديانة.

ثم إذا أردنا ان نناقش هؤلاء اكثر من ذلك نقول: أيهما اكثر ورعا أن نحرم على رجل امرأته ونبيحها لشخص أجنبي أم نبقي له زوجته التي اقترن بها بعقد صحيح متيقن؟ . . .

٣ ـ واما المراجعة: ان معنى المراجعة التي جاءت في حديث ابن عمر دليل على وقوع الطلاق.

والجواب: ان المراجعة جاءت على لسان النبي بالمعنى اللغوي لا الاصطلاحي لان ابن عمر لما طلق زوجته فقد اعتزلها فامره عليه السلام ان يعود اليها وان لفظ المراجعة لم يرد في القرآن. ومعنى المراجعة جاء بلفظ الرد او الامساك. وسوف نذكر رأينا في موضوع المراجعة في ختام بحثنا.

٤ ـ اما ما ذهب اليه المرحوم الكوثري: من ان القول بعدم وقوع الطلاق البدعي يجعل الطلاق بيد المرأة.

فان المرأة مؤتمنة في هذا باكثر من موضع. ولهذا يمكن القول بان الزوج يسأل عن المواقعة لانها من فعله، وتسأل المرأة عن الحيض والطهر والحمل لقوله تعالى(١): «ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن.»

---

(١) سورة البقرة اية ٢٢٨ .

قال في تحفة الفقهاء : ولو لم تعترف بانقضاء العدة لا تنقضي لاحتمال انها تصير ممتدة الطهر [1] .

ولهذا قال المالكية ان المرأة إذا طلقها زوجها وترافعا الى القاضي وقالت أني حائض فإنها تصدق بيمينها ولا ينظرها النساء لأنها مؤتمنه على فرجها [2] .

---

(١) تحفة الفقهاء ٢/٣٧٦ وقال : فاما اذا اخبرت بانقضاء العدة في مدة اقل من شهرين وقال ابو يوسف ومحمد : يصدق في تسعة وثلاثين يوماً.

(٢) حاشية الدسوقي ٢/٤٢٥ .

مناقشة الدليل الرابع

وأما استدلالهم بفتوى ابن عمر وفتاوى الصحابة فيمكن القول بأن الأمر على خلاف بين الصحابة فمنهم من أفتى بالوقوع ومنهم من أفتى بعدمه.

وسنبحث مخالفة فتوى ابن عمر لروايته ثم ننقل اراء من قال بعدم الوقوع من الصحابة والتابعين ايضاً ثم نناقش فتوى نافع التي اعتمدوا عليها.

١) مخالفة الفتوى للرواية :

كثيراً مايخالف الراوي روايته فيفتي بخلافها والعبرة في هذه الحالة للرواية لا للفتوى لأن الرواية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم. أما فتواه فمن اجتهاده. وقد افتى ابن عباس بخلاف روايته كثيراً فقد روى حديث بريرة وأن بيع الامة ليس بطلاقها، وأفتى بخلافه فأخذ الناس بروايته وتركوا فتواه [١]_ وقد سبق أن شرحنا ذلك في مبحث الطلاق الثلاث.

٢) فتاوى الصحابة والتابعين :

عن عكرمة قال [٢]. قال ابن عباس : الطلاق على اربعة أوجه : ـوجهان حلال ووجهان حرام. فاما اللذان هما حلال فان يطلق الرجل امرأته طاهراً من غير جماع، او يطلقها حاملا مستبيناً حملها. واما اللذان همـا حرام فان يطلقها حائضاً او يطلقها عنـد الجماع لايدري اشتمل الرحم على ولد ام لا. رواه الدارقطني.

---

(١) زاد المعاد ٥٠/٤ .

(٢) نيل الاوطار ٢٢١/٦ تفسير القرطبي ١٥٠/١٨ .

قال ابن حزم : ومن المحال أن يخبر ابن عباس عما هو جائز بأنه حرام [1] .

وعن ابن مسعود انه قال : من طلق كما امر الله تعالى فقد بين الله تعالى له ومن خالف فانا لا نطيق خلافه .

وروى ابن حزم [2] - من طريق عبد الرزاق عن ابن جريح عن عبد الله ابن طاوس عن أبيه انه كان لايرى طلاقاً ماخالف وجه الطلاق ووجه العدة وكان يقول : وجه الطلاق أن يطلقها طاهرا من غير جماع ، واذا استبان حملها .

وروى ابن عبد البر عن الشعبي أنه قال : اذا طلق امرأته وهي حائض لم يعتد بها في قول ابن عمر [3] .

قال سعيد بن المسيب وجماعة من التابعين : ان طلاق الحيض لا يقع .

وكان طاووس لايرى وقوع البدعى فقد روي عنه انه كان لايرى طلاقاً خالف وجه الطلاق ووجه العدة - وكان يقول : وجه الطلاق ان يطلقها طاهرا من غير جماع واذا استبان حملها [4] .

ومن المعتزلة : قال اسماعيل بن عليه وهو من المحدثين ومن فقهاء المعتزلة ان الطلاق البدعى لا يقع [5] .

وقال هشام بن الحكم ان طلاق البدعة لا يقع [6] .

---

(١) المحلى ١٠/١٦٣ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) نيل الاوطار ٦/٢٢١ .

(٤) الكشاف ٢/٤٠١ تفسير الالوسي ٩/٩٣ وقال الالوسي : ونقله غير واحد عن ابن المسيب وجماعة من التابعين ومثله ما جاء في المحيط ٨/٢٨٢ وقال القرطبي ١٨/١٥٢ وعن سعيد بن المسيب وجماعة من التابعين أن من خالف السنة في الطلاق فأوقعه في حيض أو ثلاث لم يقع وشبهوه بمن وكل بطلاق السنة فخالف .

(٥) فتح القدير ٣/٣٣ .

(٦) المغني ٨/٢٣٨ .

٣) واما خبر نافع :

فهو موقوف عليه ليس فيه أنه سمعه من ابن عمر فبطل الاحتجاج به ، وإذا أردنا ايضاً تأويله لوجدنا كلمة نعم موضع الخلاف ، لا يعرف من الذي قالها اهو عبد الله ام نافع [١] ؟.

واما رواية عثمان وزيد بن ثابت . فقال ابن حزم عنهما انهما ساقطتان لان في كل منهما مجهول [٢] .

مناقشة الدليل الخامس

واما دعوى الاجماع

فيقول ابن حزم [٣] في الرد على من يدعي الاجماع على وقوع الطلاق في الحيض :

« والعجب من جرأة من ادعى الاجماع على خلاف هذا وهو لا يجد فيما يوافق قوله في امضاء الطلاق في الحيض أو في طهر جامعها فيه كلمة عن أحد من الصحابة رضي الله عنهم غير رواية عن ابن عمر قد عارضها ماهو أحسن منها عن ابن عمر وروايتان ساقطتان عن عثمان وزيد بن ثابت .

ويقول : بل نحن أسعد بدعوى الاجماع ههنا لو استجزنا مايستجيزونه ونعوذ بالله من ذلك ، وذلك انه لا خلاف بين أهل العلم قاطبة وفي جملتهم جميع

---

(١) زاد المعاد ٤/٥٠ .

(٢) زاد المعاد ٤/٤٩ - المحلى ١٠/١٦٤ روى ابن حزم الروايتين احداهما من طريق ابن وهب عن ابن سمعان عن رجل اخبره ان عثمان .. والثاني رواها ابن حزم من طريق عبد الرزاق عن هشام بن حسان عن قيس بن سعد مولى علقمه عن رجل سماه عن زيد ابن ثابت انه قال ..

(٣) المحلى ١٠/١٦٤ .

المخالفين لنا في ذلك في ان الطلاق في الحيض او في طهر جامعها فيه بدعة نهى عنها رسول الله مخالفة لأمره عليه الصلاة والسلام فاذن لاشك في هذا عندهم فكيف يستجيزون الحكم بتجويز البدعه التي يقرون أنها بدعة وضلالة - أليس بحكم المشاهدة مجيز البدعة مخالفاً لاجماع القائلين بأنها بدعة ؟.»

ويقول ابن القيم في زاد المعاد[1] :

« ان الخلاف في وقوع الطلاق المحرم لم يزل ثابتاً بين السلف والخلف ، وقدوهم من ادعى الاجماع على قوعه وقال بمبلغ علمه. وخفي عليه من الخلاف ماالطلع عليه غيره .

وقد قال الامام احمد : من ادعى الاجماع فهو كاذب ومايدريه لعل الناس اختلفوا ».

• • •

( ) زاد المعاد ٤/٤٤ .

الفرع الرابع

أدلة القائلين بعدم وقوع الطلاق في الحيض

استدل من قال بعدم وقوع الطلاق في الحيض بالادلة التالية :

١ ــ القرآن الكريم

٢ ـ حديث ابن عمر

٣ ــ الادلة القياسية

١ ــ القرآن الكريم :

يقول الله تعالى: « يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن .» وقد فسر النبي الكريم الطلاق للعدة ان يكون في طهر لامس فيه .

كما فسر ابن عباس[١] الصحابي الجليل هذه الآية فقال : ـ ان لا يطلقها وهي حائض ولا في طهر قد جامعها فيه ولكن يتركها حتى اذا حاضت وطهرت طلقها تطليقه[٢] .

وقالوا ان الأمر بالشيء نهى عن ضده . فالطلاق في الحيض او في طهر

---

(١) قال العلامة القاسمي رحمه الله في تفسيره ٥/١٢١٧ ومتى صح الاسناد اليه (ابن عباس) كان تفسيره من أصح التفاسير مقدماً على كثير من الائمة الجماهير لوجوه متعددة : منها انه رضي الله عنه ثبت عنه انه كان لايستحل التأويل بالرأي. وروى عنه انه قال : من قال في القرآن برأيه فليتبوأ مقعده في النار .

(٢) تفسير الطبري ٢٨/٧٨ .

فسها فيه منهى عنه . والنهي عن الشيء يقتضي فساد المنهى عنـه والفاسد لايثبت حكمه .

وقال تعالى : الطلاق مرتان ـ فالمراد به الطلاق المأذون فيه وهو الطلاق للعدة لأن الله قد حصر الطلاق الذي يعقب الرجعة في مرتين لأن تعريف المسند اليه بلام الجنس يفيد الحصر فدل ذلك على ان ماعدا الطلاق المأذون فيه كالطلاق في الحيض او في طهر جامعها فيه ليس بطلاق فلا يقع به شيء.

وقوله تعالى : فامساك بمعروف او تسريح باحسان ، دل على ان الله شرع الطلاق على أيسر الوجوه وارفقها بالزوجة ولهذا أمرنا سبحانه وتعالى ان اردنا الطلاق ان يكون باحسان .

والطلاق باحسان هو الا يطلقها في وقت النفرة فقد يكون الطلاق لغير الحاجة ولا ان يكون في وقت رغبته عنها وزهده بها فقد يكون هذا لعارض سرعان مايزول اى لاينم عن سبب حقيقي يستوجب الطلاق .

قال صاحب الذخيرة[1] لان الاصل في الطلاق الحظر ـ والاباحة باعتبار الحاجة ودليل الحاجة الاقدام على الطلاق في زمان كمال الرغبة فيها . وزمان كمال رغبة الزوج فيها زمان الحمل شفقة على الولد . وزمان الطهر الذي لم يجامعها فيه لانه لم يحصل مقصوده منها في هذا الطهر .

اما زمان الحيض فهو زمان ينفر فيه طبعاً وشرعاً . والطهر الذي جامعها فيه زمان تقل رغبته فيها لتحصيل مقصوده في هذا الطهر .

❀ ❀ ❀

(١) الذخيرة من مخطوطات المكتبة الاحمدية بحلب رقم ٤٢٨ ج١ ص ٣٨٥.

٢ — حديث ابن عمر

ان اكثر الروايات التي وردت عن ابن عمر مضطرب لايصح الاستدلال بها ما عدا رواية صريحة لاتحتمل التأويل هي التي نعتبرها النص في موضع الخلاف.

جاء في مسند الامام احمد[١]: عن روح بن عبادة عن ابن جريج عن أبي الزبير أنه سمع عبد الرحمن بن أيمن يسأل ابن عمر عمن طلق امرأته وهي حائض فأخبره ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم امره بمراجعتها، وقال عبد الله: «فردها علي ولم يرها شيئاً».

وجاءت هذه الرواية في سنن أبي داود[٢].

ورواها أيضاً ابن حزم في المحلى[٣]:

قال ابن حزم: ويكفي في هذا كله السند البين الثابت الذي رويناه عن طريق أبي داود السجستاني قال حدثنا احمد بن صالح حدثنا عبد الرزاق ابن جريج أخبرني ابو الزبير أنه سمع عبد الرحمن ابن أبي مولى عزة يسأل ابن عمر. قال أبو الزبير وأنا أسمع كيف ترى في رجل طلق امرأته حائضاً؟... فقال ابن عمر: طلق ابن عمر امرأته وهي حائض على عهد رسول الله فسأل عمر عن ذلك رسول الله فقال: ان ابن عمر طلق امرأته وهي حائض، قال عبد الله: فردها عليَّ ولم يرها شيئاً. وقال: اذا طهرت فليطلق إذا شاء او ليمسك ...

ومما يؤيد هذه الرواية ايضاً ما اخرجه سعيد بن منصور عن طريق عبد الله بن مالك عن ابن عمر انه طلق امرأته وهي حائض فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس ذلك بشيء[٤].

---

(١) مسند احمد رقم ٥٥٢٤ ج٢ ص ٨٠ – ٨١.

(٢) سنن ابي داوود رقم ٢٢١٨٥ ص ٢٥٦ ورواها ايضاً مسلم في صحيحه ٤٢٣/١ والنسائي ٩٤/٢ بدون اللفظة الأخيرة ولم يرها شيئاً.

(٣) المحلى ١٦٥/١٠.

(٤) نيل الأوطار ٢٢٦/٦.

٣ ـ الأدلة القياسية

١ ـ النكاح المتيقن لايزول إلا بطلاق متيقن :

ان الزوجية ثبتت بين الزوجين بيقين ، فلا تزول إلا بطلاق متيقن دليله من كتاب أو سنة أو اجماع فاذا وجد رفعنا حكم النكاح وإلا فالنكاح باق . وبما انه لادليل لدينا من ذلك فلا طلاق والزوجية قائمة[١] .

٢ ـ الطلاق في الحيض غير مأذون به :

ان احكام الشريعة جاء بها القرآن الكريم والسنة النبوية ، فكل مخالفة لما شرعه الله لا أثر لها ، والطلاق بينه الله سبحانه وتعالى بكتابه وفسره النبي عليه السلام فيما احتاج فيه الى تفسير ، فكل طلاق خالف ذلك كان غير مأذون فيه لمخالفته الشرع فكان باطلاً والباطل لاحكم له ، ومثله ذلك لو وكل الرجل وكيلاً عنه في طلاق زوجته على وجه معين مخصوص فطلق الوكيل خلاف ما وكل به فلا يقع الطلاق لأنه لم يعبر عن ارادة الزوج وبالتالي خالف رغبته حيث تصرف بما لم يأذن له فيه فكان تصرفه باطلاً .

فاذا كانت مخالفة الوكيل ماوكل به لايترتب عليها اي اثر في الطلاق أفلا يكون بالأولى ان يترتب على مخالفة الزوج ما أمره الله به بطلان تصرفه وعدم وقوع طلاقه ؟..

وخلاصة ذلك : ان الشارع قد جعل لنا ولاية ايقاع الطلاق على وجه مخصوص ، ومن أبيح له التصرف على وجه لايملك ايقاعه على غير الوجه المأذون به .

٣ ـ الطلاق في الحيض منهى عنه كالنكاح المنهى عنه :

وقالوا أن العقود والتصرفات في الشريعة الاسلامية عدا ما كانت

---

(١) زاد المعاد ٤/٤٤.

محرمة الجنس كشهادة الزور مثلا : فانها تباح اذا كانت على الوجه المشروع وتحرم اذا لم تكن ذلك فما وافق الشرع منها كان لازماً وله اثارة وما خالف الشرع منها كان غير لازم ولا اثر له .

ففي البيوع مثلاً اباح الله بيع الطيبات وحرم بيع الخبائث فكان الأول له اثره وهو نقل الملكية . والثاني لا أثر له لانه محرم . وفي الانكحه اباح الله نكاح غير المحارم في حدود ما شرعه ، فكان له آثاره وحرم نكاح المحارم فلم يعترف بآثاره .

وكذلك الطلاق فمن طلق زوجته كما شرع له الطلاق كان له آثاره . وهو الفرقة بين الزوجين ، ومن خالف فطلق على غير ماشرع الله لم يطلق ولا اثر لطلاقه .

فكما ان من نكح امرأه في عدتها لم يثبت نكاحه وهو في حكم من لم يعقد عليها لأنه عقد في وقت نهى الشارع الزواج فيه فقياساً على ذلك اذا وقع الطلاق في وقت نهى عن ايقاعه فيه فيجب الا يقع طلاقه ايضاً وان يكون في حكم من لم يوقع طلاقاً ...

قال ابن تيميه [١] : ولهذا اتفق المسلمون على ان ما حرمه الله من نكاح المحارم ومن نكاح العدة ونحو ذلك يقع باطلاً غير لازم . وكذلك ماحرم الله من بيع المحرمات ــ كالخمر والخنزير والميتة ..

والطلاق هو مما أباحه الله تارة وحرمه اخرى فاذا فعل على الوجه الذي حرمه الله ورسوله لم يكن لازماً نافذاً كما يلزم ما أحله الله ورسوله .

٤ ــ كل عمل خالف الشرع فهو مردود :

واستدلوا ايضاً على عدم وقوع الطلاق في الحيض بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : كل عمل ليس عليه امرنا فهو رد [٢] . رواه البخاري

---

(١) فتاوى ابن تيمية ٣/٤٣ .

(٢) وفي رواية لمسلم : من عمل عملا ليس على امرنا فهو رد . ونقل السيوطي عن الامام احمد في الاشباه والنظائر ص ٨ انه قال : اصول الاسلام على ثلاثة احاديث : ١ ــ حديث الاعمال بالنية ــ وحديث الحلال بين والحرام بين ٣ ــ وحديث من احدث في امرنا هذا ماليس منه فهو رد .

ووجه الاستدلال بهذا الحديث: ان كل عمل خالف ما امر به الرسول فهو باطل لانه مردود عليه. وبما ان النبي نهى عن طلاق الحيض فهو طلاق محرم لا يقع. وتصرف من يفعل ذلك مردود عليه. فكيف يقال اذن انه طلاق صحيح ونافذ؟..

قال الشوكاني في نيل الاوطار [1] بعد ان روى الحديث المذكور: «وهو حديث صحيح شامل لكل مسألة مخالفة لما عليه امر رسول الله صلى الله عليه وسلم ومسألة النزاع من هذا القبيل فان الله لم يشرع هذا الطلاق ولا اذن فيه فليس من شرعه وامره.»

والخلاصة: فإن الطلاق البدعي طلاق محرم منهى عنه، والنهي يقتضي فساد المنهى عنه، فاذا نحن اوقعنا هذا الطلاق فما الفرق اذن بين الطلاق المنهى عنه والطلاق المشروع اذا كان كل منهما يقع ويتبع أثره ؟

والشارع لم ينه عن امر الا لمفسدة فاذا رتب على هذا النهي الأثر الذي يرتبه على غيره من المشروع كان هذا اعترافاً من الشارع بالمفسدة التي نهى لأجلها.



---

(١) نيل الاوطار ٦/٢٢٦ .

مناقشة ادلة القائلين بعدم الوقوع

مناقشة الدليل الاول

(١) هل النهي عن الشيء يقتضي فساد المنهى عنه ؟

قالوا : ان الله امرنا ان نطلق في وقت تستقبل الزوجة فيه العدة ، والامر بالشيء نهي عن ضده . فهل النهي عن الشيء يقتضي فساد المنهى عنه ؟. اختلف الفقهاء على قسمين فمنهم من قال بفساده ومنهم من خالف في ذلك .

والمثل على ذلك : الصلاة في ارض مغصوبة ، والبيع وقت النداء لصلاة الجمعة . ففي كل منها ورد النهي عنها صريحاً . فهل هذا النهي يقتضي بطلان الصلاة او بطلان البيع ؟ ام ان الصلاة صحيحة والبيع صحيح .

قال الحنابلة:[١] بالأول . وقال الاحناف: بالثاني [٢] .

وللاحناف نظرية في هذا الموضوع يقولون فيها ان النهي اما ان يكون لذات المنهى عنه او لغيره فما كان منهياً عنه لغيره لا لذاته ترتبت الآثار على وقوعه واثم صاحبه ديانة .

فالبيع اثناء النداء لصلاة الجمعة منهى عنه . ولكن النهي ليس لذات البيع بل لأمر آخر وهو الحث على الصلاة لعدم فواتها فاذا ما خالف المرء هذا النهي فقد اثم ديانة والبيع صحيح .

وفي الطلاق اثناء الحيض مثلا قالوا ان النهي ليس لذات الطلاق لانه مشروع

---

(١) زاد المعاد ٢/٤٤ فتاوى ابن تيمية ٣/٢١ وقال ابن قدامه في المغنى ٤/٥٠ ان النهي يقتضي فساد المنهى عنه .

(٢) البدائع ٣/٩٦ .

بل لامر آخر وهو عدم تطويل العدة او عدم الاضرار بالزوجة فالنهي للضرر لا للطلاق. ولهذا صح الطلاق وكل ما في الامر ان من فعل ذلك اثم وارتكب محظورا.

قال في اللباب: واذا طلق الرجل امرأته في حال الحيض وقع الطلاق لأن النهي عنه لمعنى في غيره فلا تنعدم مشروعيته[1].

ولكن هل النهي عن الطلاق في الحيض نهي عن شيء غير الطلاق؟

يقول استاذنا فضيلة الشيخ محمد الزفزاف[2]: — «واما لجوءهم الى قياسه على الصلاة في الأرض المغصوبة ونحو ذلك مما ورد النهي عنه ولكنه يقع صحيحاً فهو غير واضح لأن النهي عن الطلاق في الحيض نهى عن شيء لأمر قد اتصل به ولا يمكن رفعه عنه فصار كجزء منه. وهذا النهي كما يقتضي التحريم يقتضي البطلان. لانهم قرروا ان ما كان الخلل فيه لجزء من اجزائه وكان قولا يكون باطلا والطلاق في الحيض كذلك لأنه قول قد نهى عنه في الحيض فالنهي عن الطلاق هنا انما كان لسبب كونه في اثناء الحيض. وهذا السبب لا ينفك عن هذا الطلاق المنهى عنه فهو كجزء منه»[3].

ويقول ابن تيميه ردا على من قال ان النهي عن الشيء لامر يتصل بهذا الشيء لا لذاته لا يقتضي فساد المنهى عنه:

---

(١) اللباب الميداني ٣/٣٢ ويقول البيضاوي في تفسيره قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن ... ويحرم في الحيض من حيث ان الأمر بالشيء يستلزم النهي عن ضده. ولا يدل على عدم وقوعه اذ النهي لا يستلزم الفساد، ص ٧٤٢ ط العثمانية ١٣٠٥.

(٢) مذكرات في الطلاق ص ٩١.

(٣) جاء في شرح المنار لابن ملك ص ٢٥٩: والمنهى عنه اما ان يكون قبيحاً لعينه وذلك نوعان وضعا وشرعا او لغيره وذلك نوعان وصفاً ومجاوراً. وضرب مثلا للاول بالكفر فانه منهى عنه لقبح في ذاته وللثاني الصوم في يوم النحر. وقال في ص ٢٦٠ وكذا وطيء الحائض منهى عنه لمعنى مجاور وهو الأذى لا لذاته لأن وطء المنكوحة جائز وانفكاك الأذى عنها ممكن بزوال الحيض.

وان الصلاة في الدار المغصوبة والثوب المغصوب والطلاق في الحيض والبيع وقت النداء .. وهذا الذي قالوه لا حقيقه له فانه ان عني بذلك ان نفس العمل المنهى عنه ليس فيه معنى يوجب النهي فهذا باطل ، فان نفس البيع اشتمل على تعطيل الصلاة ونفس الصلاة اشتملت على الظلم ونحو ذلك مما اوجب النهي .

وان ارادوا بذلك ان ذلك المعنى لا يختص بالصلاة بل هو مشترك بين الصلاة وغيرها فهذا صحيح فان البيع وقت النداء لم ينه عنه الا لكونه شاغلا عن الصلاة. وهذا موجود في غير البيع لا يختص بالبيع، لكن هذا الفرق لا يجيء في طلاق الحائض فأنه ليس هناك معنى مشترك، وهم يقولون انما نهى عنه لإطالة العدة وذلك خارج عن الطلاق فيقال ، وغير ذلك من المحرمات كذلك انما نهى عنها لافضائه الى فساد خارج عنها فالجمع بين الأختين نهى عنه لافضائه الى قطيعة الرحم والقطيعة امر خارج عن النكاح . والخمر والميسر حرما وجعلا رجساً من عمل الشيطان لأن ذلك يفضي الى الصد عن الصلاة وإيقاع العداوة والبغضاء وهو أمر خارج عن الخمر والربا والميسر لأن ذلك يفضي إلى اكل المال بالباطل وذلك خارج عن نفس عقد الربا والميسر . فكل مانهى الله عنه لابد أن يشتمل على معنى يوجب النهي ولا يجوز أن ينهي عن شيء لا لمعنى فيه أصلاً بل لمعنى أجنبي عنه فان هذا من جنس عقوبة الإنسان بذنب غيره والشرع منزه عن ذلك »[1] .



(١) فتاوى ابن تيمية ٣/٧٣

مناقشة الدليل الثاني

رواية ابي الزبير :

هذه الرواية التي رواها أبو داود عن ابي الزبير هي اقوى ما اعتمد اليه الذين قالوا بعدم الوقوع. ومع هذا فقد رد الجمهور هذه الرواية بطريقين:

١ ـ طريق التفسير والتأويل .

٢ ـ طريق الجرح في الراوي .

١) أما التأويل فقالوا ان معنى قوله: «ورد ها عليّ ولم يرها شيئاً » كلام مجمل لا يدل على عدم وقوع الطلقة ، لأن الرد يفيد عدم البينونة فكأنه قال لم تبن منك وانها لا زالت زوجتك. والرد هنا بمعنى الرجعة كما ورد في القرآن الكريم : وبعولتهن احق بردهن».

قال المرحوم العلامة الكوثري[1] : الرد عليه يفيد أن تلك الطلقة ليست من افادة البينونة في شيء والرد والامساك يستعملان في الرجعة التي تعقب الطلاق الرجعي .

وهذا اعتراف صريح من أصحاب هذا الرأي على أن الرد هو الرجعة ، والشيء الذي اريد أن اذكره في هذا الاعتراف ان المراجعة يدل عليها اكثر من لفظ . وهذا التفسير سنحتاج اليه فيما بعد .

ولكن لنتساءل قليلاً فيما أوردوه : أن الرد هنا بمعنى الرجعة ومعنى قول ابن عمر وردها عليّ أي راجعها . اذا سلمنا بهذا التفسير فبماذا نفسر ولم يرها شيئاً ؟ قال ابن عبد البر : يحتمل ان يكون معناه ولم يرها شيئاً تحرم معه المراجعة أو لم يرها شيئاً جائزاً في السنة وقال : ولو صح فمعناه عندي : ولم يرها شيئاً مستقيما لكونها لم تكن على السنة[2] .

---

(١) الاشفاق في احكام الطلاق ص ١٩ .

(٢) زاد المعاد ٤/٥٤ .

٢) واما الطعن في الراوي: قالوا ان ابا الزبير ليس بحجة لانه مشهور بالتدليس، وسأذكر ما اطلعت عليه في الرد على ابي الزبير[١].

قال ابو داود: والاحاديث كلها على خلاف ما قال ابو الزبير.

وقال الشافعي: ونافع[٢]: اثبت عن ابن عمر من ابي الزبير والأثبت من الحديثين أولى أن يقال به اذا خالفه.

وقال الخطابي: — حديث يونس بن جبير أثبت من هذا[٣]

وقال ابن عبد البر: — وهذا لم يقل عنه احد غير أبي الزبير وقد رواه عنه جماعة أجلة فلم يقل ذلك احد منهم.

وأبو الزبير ليس بحجة فيما خالفه فيه مثله فكيف بخلاف من هو أثبت منه؟

ما نراه في ابي الزبير محمد بن مسلم المكي:

اذا تأملنا في جميع ما وجه من ردود وطعن في رواية ابي الزبير نرى انها لا تخرج عن مجرد التأويلات البعيدة والتي لاتجرح في روايته بأمر يوجب الرد.

ويمكن حصر جميع ما قيل فيه في الامور التالية:

١ — انه يدلس في احاديثه.

٢ — يعارض الرواية ما هو اقوى منها.

٣ — ان ابا الزبير انفرد بهذه الرواية عن غيره من الرواة فلا يعتد بها.

• • •

١ — قال الشوكاني[٤]: أن أبا الزبير غير مدفوع في الحفظ والعدالة؛ واما

---

(١) ابن حجر في الفتح ٩/٢٩٠.

(٢) يريد فتوى نافع بقوله: نعم في الرواية التي تثبت وقوع الطلاق في الحيض راجع ص ١٤؛.

(٣) يعني قوله مره فليراجعها وقوله: ارايت انعجز واستحمق.

(٤) نيل الاوطار ٦/٢٢٥ ط مصر العثمانية سنة ١٣٥٧ — الطبعة الاولى.

يخشى من تدليسه ، فاذا قال : سمعت أو حدثني زال ذلك ، وقد صرح هنا بالسماع وليس في الاحاديث الصحيحة ما يخالف حديث ابي الزبير حتى يصار الى الترجيح .

فالشوكاني يقرر أن أبا الزبير اذا صرح بالسماع زال التدليس والرواية التي هي موضوع النقاش قد سمعها من ابن عمر اثناء سؤال عبد الرحمن بن أيمن له .

وهناك رواية اخرى عن ابي الزبير رواها سماعاً عن جابر بن عبد الله :

ففي مسند احمد[1] عن طريق ابن لهيعة «حدثنا ابو الزبير قال : سألت جابرا عن الرجل يطلق امرأته وهي حائض ؟.. فقال طلق عبد الله بن عمر امرأته وهي حائض فأتى عمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليراجعها فانها امرأته » .

وابن لهيعة ثقة حجة (جابر بن عبد الله) .

وهكذا نرى ابا الزبير سمع الروايه من ابن عمر ثم تأكد حين سأل جابرا فاجابه بنفس الجواب .

وابن لهيعة رواها عن ابي الزبير فلو لم يكن ابو الزبير ثقة لما روى عنه ابن لهيعه .

٢ — وقولهم ان غير هذه الرواية مما عارضها كان أقوى .

فقد قال المرحوم الاستاذ احمد شاكر[2] :

واما الروايات الاخرى في حديث ابن عمر هذا ؛ التي احتج بها القائلون بوقوع الطلاق في الحيض : فانها ليست فيها شيء صريح ، والفاظها مضطربة ، وهي تخالف ما ثبت صريحاً بالروايات الصحيحة وتخالف ايضاً ما يفهم من ظاهر القرآن ، ومن القواعد الصحيحة المعقولة في العقود والفسوخ واستثناء الطلاق منها ؛ ووجوب الوقوف عند الحد المستثنى المأذون فيه .

---

(١) مسند احمد رقم الحديث ١٥٢١١ ج٣ ص ٣٨٦ .

(٢) نظام الطلاق في الاسلام ص ٢٦ .

٣ — وأما قولهم : ان ابا الزبير انفرد بهذه الرواية . وانه لم يرو هذه الرواية احد سواه .

فقد روى ابن حزم في المحلى [١] : عن نافع انه سأل ابن عمر عن طلاق الحائض فاجابه ابن عمر بقوله لا يعتد بذلك. فهذه الرواية بمعنى رواية ابي الزبير ولا عبرة بإختلاف الالفاظ مادامت تؤدي معنى واحدا .

وقد نقلها ابن عبد البر عن الشعبي

وقال ابن حجر عن هذا الحديث : اخرجه ابن حزم باسناد صحيح [٢] . كما ان الشوكاني نقل رواية اخرجها سعيد بن منصور عن طريق عبد الله بن مالك عن ابن عمر انه طلق امرأته وهي حائض فقال رسول الله : ليس ذلك بشيء [٣] :

وقال ابن عبد البر في التمهيد انه تابع أبا الزبير على ذلك أربعة : عبد الله بن عمر ومحمد بن عبد العزيز ابن ابي رواد ويحي بن سليم وابراهيم ابن ابي حسنة [٤]

• • •

والخلاصة ان ابا الزبير راوي : « وردها الي ولم يرها شيئاً » ثقة ثبت فيما يسمع وقد سمع هذه الرواية من ابن عمر وتأكد لسماعه بسؤاله

---

(١) المحلى ١٠/١٦٣ وسند الرواية كما رواها ابن حزم : عن يونس بن عبيد الله عن عن احمد بن عبد الله بن عبد الرحيم عن احمد بن خالد عن محمد بن عبد السلام الخشني عن محمد بن بشار عن عبد الوهاب ابن عبد المجيد الثقفي عن عبيد الله بن عمر عن نافع مولى ابن عمر انه قال في الرجل يطلق امرأته وهي حائض قال ابن عمر لايعتد لذلك .

(٢) فتح الباري ٩/٢٩٠ .

(٣) نيل الاوطار ٦/٢٢٦ .

(٤) المصدر السابق .

جابرا فلم يعد مجال للشك فيما روى .

وكأني بابن حجر رحمه الله لايوافق على ما نسب الى ابي الزبير من تهم فقال بعد أن ذكر رأي ابن عبد البر في تأويل الروايات كلها [1] : —

« وهذا الجمع الذي ذكره ابن عبد البر وغيره يتعين وهو اولى من تغليط بعض الثقات .

وقد رأينا ان أبا الزبير لم ينفرد بهذه الرواية فقد روى بمعناها نافع مولى عبد الله ابن عمر . وكل ماعارض هذه الرواية الصحيحة من روايات اخرى قد ذكرنا انها مضطربة ولا تصمد للوقوف امام هذه الرواية الصحيحة في متنها الصريحة فى معناها .

---

(١) فتح الباري ٩/٢٩١ .

مناقشة الدليل الثالث

الأدلة القياسية :

١ ـ وأما قولهم : إن النكاح المتيقن لا يُزال إلا بطلاق متيقن :

إن الأدلة على وقوع الطلاق في الحيض وان كانت ظنية إلا ان الإجماع منذ عصر الصحابة والتابعين حتى الآن انعقد على ذلك ، والإجماع دليل يقيني ، فثبت ان وقوع الطلاق البدعي يستند على دليل يقيني .

٢ ـ وأما قولهم : إن الشارع قد جعل لنا ولاية الإيقاع على وجه مخصوص ومن أبيح له التصرف على وجه لا يملك ايقاعه على وجه آخر قياساً على الوكيل .

فإن الوكيل يختلف عن الزوج بأنه سفير ومعبر عن ارادة الزوج لا عن ارادته ، فهو يطلق لغيره لا لنفسه ، ولهذا لا يلحق الوكيل أي أثر من آثار الطلاق .

ولما كان الوكيل غير مالك لما يوقعه من الطلاق ، وانما صح ذلك منه للأمر المأذون فيه فقط . أما الزوج فهو يملك ايقاع الطلاق وعليه تعود آثاره ، وبهذا اختلف الزوج عن الوكيل فلا قياس[1] .

٣ ـ وأما قياسهم الطلاق المنهى عنه على النكاح المنهى عنه .

في الحقيقة لم اجد لمن قالوا بالوقوع حجة تستحق الذكر في هذه المسألة لولا اني انقل آراء الفقهاء وابين رأيي فيما أرجحه واختاره منها .

قالوا : ان النكاح عقد متيقن حل الزوجة وملك بضعها ، فلا يكون إلا على الوجه المأذون فيه شرعاً ، فان الإبضاع في الاصل على التحريم ، ولا يُباح منها إلا ما أباحه الشارع ، بخلاف الطلاق فإنه اسقاط لحقه وإزالة لملكه ، وذلك لا يتوقف على كون السبب المزيل مأذوناً فيه شرعاً كما يزول ملكه عن العين

---

(١) البدائع ٣/٩٦

بالإتلاف المحرم ، والتبرع المحرم كهبة العين لمن يعلم انه يستعين بها على المعاصي والآثام .

وقالوا ايضاً : إن النكاح نعمة فلا تستباح بالمحرمات والطلاق نقمة فيجوز ان يكون سببها محرماً .

وقالوا : ان الفروج يُحتاط لها ، فمن المصلحة ومن قبيل الاحتياط ان نوقع الطلاق ، حتى اذا ما اراد الرجعة كان لا بد له من عقد جديد[1] .

٤ - وأما حديث : « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد » .

فقالوا : ان الضمير في قوله : فهو رد ، ليس عائداً الى العمل بل هو عائد الى الفاعل ، ومعنى ذلك : من عمل عملاً ليس عليه امرنا ، فالفاعل ردّ اي مردود ، ومعنى مردود أي غير مثاب على فعله . وحتى اذا عاد الضمير الى الفعل ، وكان المعنى من عمل عملاً ليس عليه امرنا ففعله مردود عليه ، لا نسلم ان معنى الحديث : ان عمله باطل ، بل كل ما في الامر ان عمله غير مثاب عليه .

وقد ساق هؤلاء الجدل الفقهي حتى انهم رووا حديثاً عن أنس : « من طلق في بدعة ألزمناه بدعته » .

ولكن ابن القيم قال فيه أنه حديث باطل على رسول الله . ونحن نشهد انه

---

(١) زاد المعاد ٤/٩ ، وقال ابن القيم : ليس كل طلاق نقمة فقد يكون الطلاق نعمة كالنكاح بل قد يكون من اكبر النعم كما لو تنافرت طباع الزوجين مثلا واستحالت المعيشة بينهما فكما ان النكاح للمتحابين نعمة فكذلك فان الطلاق للمتخاصمين نعمة .

واما الاحتياط للفروج ففي عدم وقوع الطلاق احتياط اقوى واقرب الى التقوى والورع لأن من الاحتياط ان تبقى الحياة الزوجية بين زوجين تم النكاح بينهما بيقين حتى يزول بيقين مثله وقالوا : فاذا اخطأنا فالخطأ في جهة واحدة - وهي بقاء الزوجة عند زوجها - واذا اصبنا فصوابنا في جهتين : جهة الزوج الاول وجهة الزوج الثاني . وانتم ترتكبون امرين : تحريم الفرج على من كان حلالا له بيقين واحلال الزوجة لغير زوجها . فان كان خطأ فهو خطأ من جهتين . وبهذا يتبين اننا اولى من الاحتياط منكم . وقد قال الامام احمد في رواية ابي طالب في طلاق السكران ما يشبه ذلك : فقال الذي لا يأمر بالطلاق انما اتى خصلة واحدة والذي يأمر بالطلاق اتى خصلتين حرمها عليه واحلها لغيره فهذا خير من هذا .

حديث باطل عليه ، ولم يروه أحد من الثقات [١] .

وجاء في المحلى[٢] : حديث موضوع بلا شك ... وقال : ثم لو صح ـ ولم يصح قط ـ لكان لا حجة فيه ، لانه كان معنى قوله : ألزمناه بدعته أي إثمها كما قال تعالى : (وكل إنسان ألزمناه طائره في عنقه) وليس فيه انه يحكم عليه بإمضاء حكم بدعته وتجويزها في الدين .

٥ ـ قالوا : لا تنافي بين حرمة الشيء وصحته ، فحرمة الشيء تترتب عليه عقوبة فاعله . وصحة الشيء تترتب عليه آثاره . ولهذا فان حرمة الطلاق البدعي لا يمنع من ترتيب أثره وحكمه عليه ، وأوردوا عدة أمثلة على ذلك :

١ ـ فالظهار محرم ومنكر من القول ، ومع ذلك فإذا ظاهر الرجل زوجته حرمت عليه حتى يكفّر .

٢ ـ وكذلك القذف فإنه حرام ، ومع هذا فقد رتب الشارع أثره على حدوثه ، فإذا حصل القذف ترتب الأثر وهي العقوبة .

٣ ـ وطلاق الهازل ، فرغم ان الهزل بأحكام الله حرام ، فإذا ما أوقع الرجل الطلاق وهو هازل ، وقع الطلاق وترتب أثره عليه ، وقد قال عليه السلام : « ما بال اقوام يتخذون آيات الله هزواً »[٣] .

---

(١) زاد المعاد ٤/٥٠ .

(٢) المحلى ١٠/١٦٤ .

(٣) ويمكننا القول بأن هذه الامثلة لاتصلح ان تكون ادلة لموضوعنا لان الظهار مثلا ليس له وجهة حرمة بل كله حرام لأنه منكر من القول فكل تصرف لايقال عنه حلال وحرام لايجوز القياس عليه فهل لدينا ظهار جائز وظهار باطل ؟ ... اما في الطلاق فهو كسائر التصرفات التي تشتمل الصحيح والفاسد فيقال عنها تارة بأنها صحيحة وحلال وتارة بأنها فاسدة وحرام . وكذلك القذف وشهادة الزور . كل هذه الامور مما حرم الله جنسها بحيث لاتباح تارة وتحرم تارة يصح القياس عليها تصرفات تشمل الاباحة والتحريم .

واما طلاق الهازل فانما وقع لأنه صادف محلا للطلاق وهو طهر لم يجامع فيه فصح وقوعه اما كونه من اوقعه لم يكن جادا ولم يقصد به الطلاق فهذا امر الشارع الذي يرتب الاثر ويقع طلاقه للحديث المشهور فالشارع هو الذي يرتب الآثار على التصرفات والعقود . فالهازل اتى بالسبب وهو الإيقاع وهو ان لايكون اثره وهو الوقوع وهو يملك الاول دون الثاني اما من طلق في الحيض فلم يأت بالسبب الصحيح لانه اوقع فى وقت غير صحيح فلم يصادف محلا للطلاق . راجع زاد المعاد ٤/٥١ .

والخلاصة : إن الادلة القياسية التي جاء بها من قال بعدم الوقوع قوية الحجة ، حتى ان خصومهم لم يستطيعوا الرد عليها رداً مقنعاً. ويكفي هذا قول ابن حجر لما روى هذه الادلة عن ابن القيم لم يقل اكثر من انها : لا تنهض من التنصيص على صريح الأمر بالمراجعة [1] .

فهذا إقرار من ابن حجر على قوة الادلة القياسية لولا الامر بالمراجعة . وسيأتي في ختام بحثنا ما رجحناه من معنى المراجعة والمراد منها .

( ) فتح الباري ٩/٢٩٠ .

(٢) قال الصنعاني في سبل السلام ٣/٢٢٩ واما الاستدلال على الوقوع بقوله فليراجعها ولا رجعة الابعد طلاق فهو غير ناهض لان الرجعة المقيدة ببعد الطلاق عرف شرعي متأخر اذ هي لغة اعم من ذلك .

الفرع الخامس

رأينا في الطلاق في الحيض

الأمور التي أجمعت عليها الروايات ومنشأ الخلاف :

اذا رجعنا الى الروايات التي جاءت في حديث ابن عمر والتي لم تأت بها الزيادات التي كانت موضع الخلاف والنقاش [1] ـ نجد ان هناك بعض الامور قد أجمعت عليها الاحاديث دون خلاف ـ .

١ ـ استفسار عمر عن الطلاق في الحيض ، وسؤاله للنبي عليه السلام عن حكم ذلك .

٢ ـ تغيظ النبي عليه السلام حينما ذكر له عمر ان ابنه طلق امرأته وهي حائض .

٣ ـ قوله عليه السلام لابن عمر : « ما هكذا أمرك الله .. انما الطلاق ان تستقبل الطهر » .

٤ ـ أمر النبي عليه السلام ابن عمر بالمراجعة .

(١) أما سؤال عمر النبي عن طلاق ابنه امرأته في الحيض فإنما يدل على انه ارتكب محظوراً فجاء يسأل عن حكمه الشرعي ، ولو لم يكن محظوراً او محرماً لما جاء يستفتي النبي في طلاق عادي يعرف اكثر المسلمين حكمه . لأن

---

(١) قال ابن القيم في زاد المعاد ٤/ ٥ ان الالفاظ قد اضطربت عن ابن عمر في ذلك اضطرابا شديدا وكلها صحيحة عنه ، وهذا يدل على أنه لم يكن عنده نص صريح عن رسول الله في وقوع تلك الطلقة والاعتداد بها . واذا تعارضت تلك الالفاظ نظرنا الى مذهب ابن عمر وفتواه : نجده صريحاً في عدم الوقوع ووجدنا احد الالفاظ صريحاً في ذلك فقد اجتمع صريح روايته وفتواه على عدم الاعتداد وخالف في ذلك الفاظ مجملة مضطربة .

طلاق ابن عمر لم يكن اول طلاق في الإسلام حتى يجهل حكمه .

نقل الشوكاني وابن حجر عن ابن العربي [1] :

ان سؤال عمر محتمل لأن يكون ذلك لكونهم لم يروا قبلها مثلها ، فسأله ليعلم . ويحتمل ان يكون لمارأى في القرآن : (فطلقوهن لعدتهن) .

ويحتمل ان يكون سمع من النبي صلى الله عليه وسلم النهي فجاء ليسأل عن الحكم بعد ذلك .

(٢) واما تغيظ النبي عليه السلام فانما يدل على ان ابن عمر ارتكب محرماً حين طلق امرأته وهي حائض حيث خالف المشروع وقد قال عليه السلام لمن طلق امرأته ثلاثاً أيلعب بكتاب الله وانا بين اظهركم . فاستنكار النبي وتغيظه انما يدل على ان المستفتي او السائل جاء بأمر غير مشروع .

قال ابن دقيق العبد [2] - تغيظ النبي صلى الله عليه وسلم اما لأن المعنى الذي يقتضي المنع كان ظاهراً فكان مقتضى الحال التثبت في ذلك او لأنه كان مقتضى الحال مشاورة النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك اذا عزم عليه .

وقال ابن حجر [3] : بعد ان ذكر تغيظ الرسول عليه السلام ... وفيه اشعار بأن الطلاق في الحيض كان تقدم النهي عنه وإلا لم يقع التغيظ على امر لم يسبق النهي عنه .

٣) قوله عليه السلام لابن عمر ماهكذا أمرك الله .

هذا بيان من النبي عليه السلام وتفسير لآية : فطلقوهن لعدتهن . فقد بين له ان الطلاق يجب ان يكون في العدة وهذا واضح منه عليه السلام انه يفصل ما أجمله القرآن فقال له ما هكذا أمرك الله .

---

(١) نيل الاوطار ٢٢١/٦ .

(٢) المصدر السابق ٢٢٢/٤ .

(٣) الفتح الباري ٢٨٥/٩ .

٤ ـ واما أمر النبي صلى الله عليه وسلم ابن عمر في مراجعة زوجته فهي موطن الخلاف في رأينا ولهذا سنبحثها بشيء من التفصيل .

منشأ الخلاف :

ان منشأ الخلاف فيما يبدو لي في وقوع الطلاق البدعى وعدم وقوعه هو قوله عليه السلام لعمر حينما جاءه يستفتيه في طلاق ابنه : مره فليراجعها . فبعض العلماء فهم من قوله عليه السلام مره فليراجعها أي يردها الى ما كانت عليه لأنه لما طلقها في الحيض فقد اعتزلها فأمره عليه السلام أن يعود اليها .

واكثر الفقهاء قالوا معنى قوله مره فليراجعها : أن الطلاق قد وقع لأن المراجعة لاتكون إلا بعد الطلاق .

١ ـ ما المراد بالمراجعة :

هل المراد بالمراجعة المعنى الذي اصطلح عليه الفقهاء وهو مراجعة الزوج زوجته المطلقة رجعيا مادامت في العدة أم أن المراد بالمراجعة المعنى اللغوي ، وهو عودة الزوج الى زوجته بعد ان اعتزلها .

وينبني على الخلاف المذكور نتيجة هامة هي : وقوع الطلاق اوعدم وقوعه .

قال الجمهور : ان لفظ المراجعة يدل على وقوع الطلاق إذ لا مراجعة الا بعد الطلاق (٢) .

وحتى لو احتمل معنى المراجعة معنى لغوياً آخر فالمعنى الشرعي يقدم على المعنى اللغوي .

وقال الجعفرية والظاهرية وفريق آخر من الفقهاء لا يقع الطلاق في الحيض لان المراد بالمراجعة المعنى اللغوي لا الاصطلاحي .

مناقشة الجمهور :

نحن لا نختلف مع الجمهور فيما ذهبوا اليه أنه اذا اختلف معنيان للفظ ما اخذنا بالمعنى الشرعي دون اللغوي.[1] وانما خلافنا هو هل هذا المعنى كان موجوداً في عصر النبي أم لم يكن ؟ واذا كان موجوداً فهل كان يدل على ماذهب اليه الجمهور من وقوع الطلاق او عدمه ام كان يستعمل لمعان اخرى ؟.

والا فليس من المعقول ان نجادل أحداً اليوم إذا قال لنا ان فلاناً راجع زوجته فالمعنى واضح جداً هو أنه طلقها وراجعها في عدتها لأن العرف اليوم بل المعنى للفظ المراجعة في عصرنا هذا اصبح يدل على معنى معين وهو المراجعة الشرعية . ولكن ونحن نفسر هذا اللفظ يجب ان نعود الى العصر الذي وجد فيه . فهل كان هذا المعنى في عصر النبي عليه السلام كما هو في عصرنا هـذا ؟. أم هو مما اصطلح عليه الفقهاء فيما بعد ؟.

لنعد الى مصدري التشريع القرآن والسنة لنجد معنى المراجعة ولفظها ومادلت عليه .

المراجعة في القرآن الكريم :

ورد لفظ المراجعة في القرآن الكريم بقوله تعالى : «فان طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا ان ظنا ان يقيما حدود الله» فدلت على ابتداء النكاح لأن الآية تشير الى عودة الزوجة الى زوجها الذي طلقها ثلاثاً بعد أن طلقها الزوج الثاني وذلك بعقد جديد .

أما معنى المراجعة وهي عودة الزوج لزوجته المطلقة رجعياً فقد جاء ذكر ذلك في القرآن الكريم بلفظ الرد، الامساك، قال تعالى: «وبعولتهن أحق بردهن»[2] اشارة الى رجعتهن .

---

(١) الاشفاق في احكام الطلاق ص ١٦ .

(٢) سورة البقرة آية ٢٢٨ .

وقال تعالى « فامساك بمعروف او تسريح باحسان [١] » والامساك هنا بمعنى المراجعة . وقال « ولاتمسكوهن ضراراً لتعتدوا [٢] » .

المراجعة في السنة :

لم أجد فيما اطلعت عليه حديثاً نبوياً فيه لفظ المراجعة بمعناها الشرعي ولكني وجدت حديثاً في صحيح البخاري يؤيد المعنى الذي أوردته سابقاً من القرآن الكريم وهو ابتداء النكاح .

فقد جاء في حديث بغض بريرة وهي امة اعتقتها السيدة عائشة فاختارت نفسها وكان زوجها يحبها حباً جماً فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعباس : ياعباس ألا تعجب من حب مغيث بريرة ، ومن بغض بريرة مغيثاً ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لبريرة لو راجعتيه ، قالت : يارسول الله أتأمرني ؟ .. قال : انما أنا أشفع . قالت : فلا حاجة لي فيه [٣] .

ووجه الاستدلال فيما ظهر لي :

أن خيار بريرة كان فسخاً للعقد فالنبي ﷺ طلب منها أن تعود اليه بعقد جديد لأنها لاتملك المراجعة . لأن المراجعة للزوج لا للزوجة فدل على أن المعنى المراد هو العودة بعقد جديد أي نكاح مبتدأ [٤] .

وفي السنة أيضاً عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم رد زينب على

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٩

(٢) سورة البقرة آية ٢٣١

(٣) فتح الباري ٣٣٧/٩ باب شفاعة النبي صلى الله عليه وسلم في زوج بريرة : عن ابن عباس ان زوج بريرة كان عبداً يقال له مغيث كأني انظر اليه يطوف خلفها يبكي ودموعه تسيل على لحيته . فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعباس : يا عباس . .

(٤) قال في سبل السلام بعد ان ذكر حديث بريرة : اذا اختارت نفسها لم يكن للزوج الرجعة عليها وانما يراجعها بعقد جديد إن رضيت ١٧٣/٣ .

زوجها ابي العاص بالنكاح الأول فهذا رد لها [١].

وأما قولهم أن الأمر بالمراجعة يدل على وقوع الطلاق لأنه لولم يكن كذلك لما امره بالرد او بالمراجعة أي لتركه وشأنه طالما انه لم يقع شيء وبمعنى آخر ان لفظ الرد او الأمر بالعودة يدل على افتراق الزوجين فلما أمره النبي ﷺ أن يعود الى زوجته فدل على ان الطلاق قد تمّ بينهما.

أجاب ابن حزم على ذلك: [٢] ليس هـذا دليلاً على وقوع الطلاق لأن ابن عمر حين طلقها فقد اجتنبها لذلك أمره عليه الصلاة والسلام أن يراجعها كما كانت قبل.

وقال ابن القيم [٣]: ومن هنا قوله لمن فرق بين جارية وولدها في البيع فنهاه عن ذلك ورد البيع وليس هذا الرد مستلزماً لصحة البيع فانه بيع باطل بل هو رد شيئين الى حالة اجتماعهما كما كانا.

ويبدو لي ان ابن عمر لما طلق زوجته واعتزلها للطلاق فان النبي عليه السلام امره أن يعود اليها لا لأن الطلاق قد وقع وأراد المراجعة بل لأن ابن عمر كان قد اعتزلها لسببين للحيض وللطلاق فاذا كان الطلاق لم يقع صحيحاً فلا حاجة للقول بالمراجعة. ولكن النبي أمره أن يعود اليها وهي في الحيض بعد أن اجتنبها وقد كان من عادة العرب ذلك.

جاء في تفسير الرازي [٤]: ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهنّ حتى يطهرن، فاذا تطهرن فأتوهن من حيث

---

(١) فتاوى ابن تيمية ٣/٢٦.
(٢) المحلى ١٠/١٦٥.
(٣) زاد المعاد ٤/٤٥.
(٤) تفسير الرازي ٢/٢٣٣، والطبري ٢/٤٠١ ط اليمنية.

أمركم الله ان الله يحب التوابين ويحب المتطهرين[1]».

روي أن اليهود والمجوس كانوا يبالغون في التباعد عن المرأة حال حيضها والنصارى كانوا يجامعوهن ولا يبالون بالحيض ، وأن أهـل الجاهلية كانوا اذا حاضت المرأة لم يؤاكلوها ولم يشاربوها ولم يجالسوها على فرش ولم يساكنوها في بيت كفعل اليهود والمجوس فنزلت الآية . . .

وفي تفسير المنار[2] : — كانت هذه الأسئلة في المدينة حيث يختلط العرب باليهود وهؤلاء يشددون في مسائل الحيض والدم كما هو مذكور في الفصل الخامس عشر من سفر اللاويين من الاسفار التي يسمون جملتها التوراة .

ومنها ان كل من مس الحائض في أيام طمثها يكون نجساً ، وكل من مس فراشها يغسل ثيابه ويستحم بماء ويكون نجساً الى المساء وكل من مس متاعاً تجلس عليه يغسل ثيابه ويستحم بماء ويكون نجساً الى المساء ، وان اضطجع معها رجل فكان طمثها عليه يكون نجساً سبعة أيام وكل فراش يضطجع عليه يكون نجساً .

وروي أن أهل الجاهلية كانوا لا يساكنون الحيض ولا يؤاكلوهن كفعل اليهود والمجوس لذلك سألوا النبي فنزلت الآية . . .

وجاء في سنن النسائي[3] : عن ثابت عن انس قال كانت اليهود اذا حاضت المرأة منهم لم يؤاكلوهن ولا يشاربوهن ، ولا يجامعوهن في البيوت فسألوا النبي صلى الله عليه وسلم فأنزل الله عز وجل : ويسألونك . . .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٢

(٢) تفسير المنار ٢/٣٥٨ أحكام القرآن . ابن العربي ١/١٥٨ .

(٣) سنن النسائي ١/١٨٧ ط مصطفى محمد .

فأمرهم رسول الله ان يؤاكلوهن ويشاربوهن ويجامعوهن في البيوت وان يصنعوا بهن كل شيء ما خلا الجماع .

هذه كلها ادلة سقناها لبيان المراد بامره عليه السلام ابن عمر بمراجعة زوجته ومنها يتبين ان المعنى الشرعي لم يكن انذاك معروفا بما اصطلح عليه فيما بعد .

ولو كانت المراجعة بعد وقوع الطلاق لامره عليه السلام بالاشهاد على الرجعة والاشهاد مأمور به بدون خلاف بين الأئمة قيل امر ايجاب وقيل امر استحباب وبما انه عليه السلام لم يأمره بذلك دل على ان الطلاق لم يقع .

ومما يؤيد أيضاً المعنى اللغوي وأن المراد بالمراجعة هي الرد الحسي لا المراجعة بعد الطلاق ، ان لفظ المراجعة يقتضي المفاعلة [1] اما الرجعة بعد الطلاق فانما يستقل بها الزوج اما المراجعة بالمعنى اللغوي فانما يقتضي مرافقتها على ذلك كما يتراجعان بعقد جديد اذا ما طلقها مثلاً وبمعنى آخر ان المراجعة تقتضي لغة ان تكون من الطرفين والرجعة من الزواج هي من طرف واحد .

• • •

٢ ـ سبب المراجعة :

لماذا أمر النبي عليه السلام ابن عمر ان يراجع زوجته بعد ان طلقها وهي حائض ؟..

الجواب على هذا السؤال احد امرين :

اما ان نقول ان النبي أمر ابن عمر أن يراجع زوجته لان الطلاق لا يقع في الحيض لقوله تعالى : «فطلقوهن لعدتهن» والطلاق للعدة أن تكون المرأة في وقت تستقبل فيه عدتها والحيض ليس وقتا لذلك .

---

(١) فتاوى ابن تيمية ٣/٢٦ .

واما ان نقول انه تشريع جديد من النبي عليه السلام ـ وهو الذي يملك ذلك لقوله تعالى : «وما اتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا»[١] ـ فعلى من طلق زوجته وهي حائض ان يردها ثم يطلقها كما امر النبي ابن عمر، اقول ليس هذا تشريعا جديدا لاني لم أجد في القرآن آية فيها من طلق زوجته في الحيض فالواجب عليه ان يراجعها .

فأي الجوابين أقرب للعقل والمنطق ؟... القول بأن النبي عليه السلام جاء بحكم جديد لم يرد في القرآن وهو وجوب الرجعة عقب الطلاق في الحيض ام انه تفسير لما جاء في القرآن الكريم لقوله تعالى :«فطلقوهن لعدتهن » ونحن نعلم ان احكام الاسرة جاءت بالقرآن الكريم مفصلة واضحة لانها تمس كل فرد وكل بيت .

قد يقال أن النبي جاء بحكم جديد وهو وجوب المراجعة كما ذهب الى ذلك بعض المذاهب[٢] ـ وهنا اريد أن اسأل هؤلاء : **كيف يقع الطلاق وتجب الرجعة ؟ . . . اما ان نقول ان الطلاق قد وقع فلا رجعة واما ان نقول انه لم يقع .**

والقاعدة الفقهية تقول : من سعى في نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه .

٣ ـ ثم ما فائدة الرجعة ؟...

ان كلام الرسول عليه السلام منزه عن العبث وخاصة فيما يشرع للناس ويبين لهم أمور دينهم فماذا كان يبغي النبي حين أمر ابن عمر أن يراجع زوجته ؟...

الجواب اما ان نقول امره بمراجعة زوجته لان الطلاق لم يقع فكأنه لم يطلق .

---

(١) سورة الحشر الآية ٧ .

(٢) راجع ص ٤٠٦ ـ ٤٠٨ في هذا الكتاب .

واما ان نقول أمره بالمراجعة لأن الطلاق قد وقع وهو معصية. فلرفع هذه المعصية ولعدم تطويل العدة على المطلقة من جهة ثانية أمره أن يراجع زوجته حتى إذا طهرت الطهر الثاني طلقها ان شاء :

ولننظر الآن أي الامرين تحقق بالمراجعة . أي الجوابين أقرب الى العقل والمنطق ؟... اذا قلنا بالجواب الاول فالطلاق لم يقع . وعاد ابن عمر الى زوجته وهو بالخيار بين الامساك والطلاق ؟... ولا ضرر ولا ضرار .

أما إذا قلنا بالامر الثاني فهل تحقق رفع المعصية وعدم تطويل العدة بمراجعة ابن عمر زوجته ؟...

بل هل تجوز المراجعة للطلاق ؟... أقل ما يقال هنا ان المراجعة للطلاق امر مكروه بل أن هناك من قال ان المراجعة للطلاق لا تجوز [1] والنبي عليه السلام لا يأمر به .

قال الصنعاني في سبل السلام [2] : قال تعالى : « وبعولتهن أحق بردهن في ذلك ان ارادوا إصلاحا » أي أحق بردهن في العدة بشرط ان يريد الزوج بردها الاصلاح وهو حسن العشرة والقيام بحقوق الزوجية فان أراد بالرجعة غير ذلك كمن يراجع زوجته ليطلقها كما يفعل العامة ... فهذه المراجعة لم يرد بها اصلاحا ولا اقامة حدود الله فهي باطلة اذ الآية ظاهرة في انه لا يباح له المراجعة ويكون أحق برد امرأته الا بشرط ارادة الاصلاح وأي ارادة اصلاح في مراجعتها ليطلقها .

ومن قال ان قوله : « ان ارادوا إصلاحا » ليس بشرط للرجعة فانه قول يخالف لظاهر الآية بلا دليل .

واذا وقع الطلاق فالمعصية حلت بالمطلق ولا يرفعها الا عدم احتساب الطلقة

---

(١) راجع بحث المراجعة الضارة في هذا الكتاب .

(٢) سبل السلام ٣/٢٤٥ .

لا رجعتها ليطلقها ثانية فهذا زيادة في المعصية لانه لا فائدة منه سوى الضرر والضرر لا يجوز .

ثم ان تطويل العدة الذي نهى عنه الشارع هل نقص بالمراجعة أم زاد؟...

لنعد الى ابن عمر فقد طلق زوجته في الحيض . فلو لم يراجعها لاحتسب العدة من الطهر الذي يلي الحيضة التي طلقت فيها وهذه لا تتجاوز بضعة ايام ، اما لو راجعها فكم من الايام تمضي على المطلقة ؟...

الحيضة التي طلقت فيها ثم الطهر الذي يليها ثم الحيض ثم الطهر . فأيهما اكثر تطويلا واضراراً بالمرأة ؟...

اننا اذا تأملنا نجد ان الامر بالمراجعة اذا اخذنا بقول من قال بالوقوع لم يحقق غرضا يقره الشرع والعقل فقد طالت العدة ولم ترفع المعصية وكانت السبب بارتكاب محظور وهو المراجعة للطلاق .

والخلاصة : ان المراجعة لا بد لها من فائدة فاذا لم تحتسب الطلقة فالفائدة واضحة وان حسبناها كان الاضرار واضحا والمعصية واقعة ، والفائدة من المراجعة تظهر لنا اذا عرفنا سبب المراجعة وسبب المراجعة - كما قلنا - اما ان يكون لعدم المشروعية او لعدم تطويل العدة ورفع المعصية .

اما وقد تبين لنا ان العدة تطول اكثر لو احتسبت الطلقة والمعصية لا ترفع اذا احتسبت الطلقة لم يبق أمامنا الا ان نقول ان سبب امر النبي عليه السلام ابن عمر بمراجعة زوجته هو لعدم مشروعية المطلقة التي اوقعها وامرأته حائض حيث خالف ما امره الله بقوله : «فطلقوهن لعدتهن» .

وعلى هذا فنستطيع أن نقول مطمئنين الى ان الطلقة التي اوقعها ابن عمر على زوجته لم تقع وان أمر النبي عليه السلام لم يكن للمراجعة بمعناها الشرعي بل بمعناها اللغوي لان بذلك يتحقق الفائدة من كلامه عليه السلام المنزه عن العبث حيث يعود الزوجان الى حياتهما الاولى . ونخالف من قال بالوقوع لاننا

نريد ان نرتب اثرا لامره عليه السلام بالمراجعة والا فاذا وقع الطلاق فلم يبق لأمره عليه السلام أي معنى سواء من حيث تطويل العدة أو رفع المعصية فالعدة تطول بالوقوع والمعصية لا ترفع بالمراجعة .

ان في وقوع الطلقة اضرارا بالزوجة واضرارا بالزوج وحاشا لرسول الله أن يأمر بالضرر فالزوجة تتضرر باطالة العدة . والزوج لا مصلحة له إلا الكراهية والحظر حيث راجع ليطلق والشارع لم ينه عن الطلاق بل أباحه في وقت معين كما جاء في القرآن الكريم وكما فسره النبي عليه السلام .

* * *

مايراه بعض الفقهاء المعاصرين ممن اطلعت على رأيهم

راي الاستاذ الخفيف :

ويميل استاذنا فضيلة الشيخ علي الخفيف في كتابه فرق الزواج [1] بعد ان ناقش جميع الروايات التي وردت عن ابن عمر وناقش ادلة الجمهور ومخالفيهم قال: والارجح كما قال ابن القيم رواية ابي الزبير لموافقتها القرآن والقواعد الكلية المستنبطة من أحكام الشريعة واتفاقها مع الحكمة في حرمة ايقاع الطلاق في الحيض .

ويميل فضيلة الشيخ الاكبر محمود شلتوت في كتابه : مقارنة المذاهب في الفقه الى ترجيح رأي الجمهور [2] : ان مذهب الجمهور اسعد حظاً بالقياس والنص .

ويقول الاستاذ علي حسب الله في كتابه عيون المسائل الشرعية [3] ـ بعد ان اورد حجج الطرفين في الطلاق في الحيض : ان القول بعدم وقوع الطلاق في الحيض ومثله في النفاس او في طهر مس فيه ارجح من القول بوقوعه .

. . .

---

(١) فرق الزواج ص ٣٢ .

(٢) مقارنة المذاهب ص ٨٠ ط ١٣٧٣ هـ ١٩٥٣ م .

(٣) المسائل الشرعية في الاحوال الشخصية ص ١٥٩ .

١ – الطلاق البدعي في قوانين البلاد العربية :

لم تنص اكثر التقنينات العربية على وقوع الطلاق البدعى او عدم وقوعه لانها تدين بالوقوع ولهذا تركت موضوعه للمبادىء العامة او المذهب الحنفى في اكثر البلاد حيث يرجع اليه فيما لانص فيه .

غير أن اخواننا الشيعة في العراق ولبنان قد نصوا على ذلك صراحة وقالوا بعدم الوقوع . أما عدا الشيعة فلم اجد الا قانون المغرب العربي حيث نص على وجوب الرجعة اذا طلق الزوج امرأته في الحيض وهو مأخوذ من مذهب مالك.

ففي لبنان :

جاء في الفصول الشرعية م ١٢١[١] : يصح الطلاق في أي وقت كان .وعلى أية حال تكون عليها الزوجة اذا كانت واحدة من خمس :

١) الصغيرة التي لم تبلغ السن التاسعة من عمرها .

٢) التي لم يقربها الزوج ثيباً كانت ام بكراً .

٣) اليائسة ...

٤) الحامل ...

٥) التي غاب عنها زوجها شهرا كاملا ، على أن يقع الطلاق حال غيابه عنها بحيث يتعذر عليه معرفة حالها هل هي في حيض أو طهر ؟.. والمحبوس كالغائب[٢] .

اما الزوجة التي قاربها الزوج، واتمت السنة التاسعة من عمرها فأكثر ، ولم تبلغ بعد حد اليأس لايصح طلاقها ، الا وهي في طهر لم يقربها فيه ، فلو طلقها حال الحيض ، او النفاس او في طهر المقاربة كان الطلاق فاسدا .

---

(١) الفصول الشرعية ص ٧٢ .

(٢) راجع ما حررناه في طلاق الغائبة لدى الشيعة الامامية في هذا الكتاب

م ١٢٤[١] : يعرف طهر الزوجة وحيضها وحملها من قولها ، وتعرف المواقعة من قول الزوج ، فالقاضي يسأل الزوجة عن الطهر والحيض والحمل ، ويسأل الزوج عن المواقعة ومتى اجتمعت الشروط اباح وقوع الطلاق[٢] .

العراق :

م ٢٢٣ من الاحكام الجعفرية في الاحوال الشخصية :
محل الطلاق المرأة الطاهرة من الحيض والنفاس المستبرأة بأن يطلقها في طهر لم يواقعها فيه[٣] .

المغرب العربي :

الفصل ٤٧ من قانون المغرب العربي :
اذا وقع الطلاق والمرأة حائض أجبر القاضي الزوج على الرجعة .

. . .

والخلاصة :

إن الطلاق في الإسلام لا يجوز في كل وقت ، بل حدد له الشارع وقتاً وهو أن تكون الزوجة في طهر لاجماع فيه ، ولا في الحيض الذي سبقه جماع ولا طلاق . وذلك تمشياً مع مبادىء نظام الطلاق الذي جعله الله ابغض الحلال اليه. وقد حاولت في هذا البحث أن أبين جميع الاراء والاتجاهات حتى وصلت

---

(١) الفصول الشرعية ص٧٢ .
(٢) يسأل الزوج عن المواقعة لانها من فعله . وتسأل هي عن الحيض والطهر والحمل للآية ٢٢٨ من سورة البقرة : ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن . وحديث زرارة : فوض الله الى النساء ثلاثة اشياء : الحيض والطهر والحمل .
(٣) المصدر السابق ص ٧٣ .

إلى ترجيح الرأي القائل بعدم وقوع الطلاق إذا خالف المشروع وهو الوقت الذي خصصه الله للتطليق دون التقيد بمذهب معين بل :

١ - رجعت الى القرآن الكريم فوجدت الآية صريحة بقوله تعالى : « فطلقوهن لعدتهن » .

٢ - وقد فسر هذه الآية النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر حيث امره ان يطلق زوجته في طهر لا مس فيه ولا في الحيض الذي سبقه جماع ولا طلاق وتبعه في هذا التفسير عدد من صحابته الفقهاء كعبد الله بن عباس وغيره .

٣ - وبعد أن ذكرت اراء الفقهاء الذين قالوا بوقوع الطلاق في الحيض ، وجدت أنهم اعتمدوا على حجج مختلفة فناقشتها وأهمها في رأيي :

أ - بعض أحاديث عن ابن عمر فيها زيادات تثبت وقوع الطلاق في أي وقت . ورد الأحاديث التي تثبت عدم الوقوع .

فخرجت هذه الأحاديث فتبين لي أن الاحاديث التي طعنوا بها في عدم الوقوع ضعيفة حقاً وأن هناك أحاديث صحيحة لم يتناولها جمهور الفقهاء الذين قالوا بعدم الوقوع .

ب - إن النهي عن الشيء لايقتضي فساد المنهي عنه إذا كان النهي لا لذات الشيء كالصلاة في الأرض المغصوبة . وقد ناقشت طويلاً هذا الرأي الذي قال به الاحناف وقلت ان النهي عن الطلاق في الحيض نهي لأمر يتصل بالطلاق ذاته . فضلاً عن ان هذا الرأي غير مسلم به في بقية المذاهب .

حـ - ثم قلت ان سبب الخلاف ومنشأه لدى الفقهاء في رأيي هو تفسير كلمة المراجعة بقوله صلى الله عليه وسلم لابن عمر حين طلق زوجته في الحيض : راجعها .

وقد اثبتت ان لفظ المراجعة ليس المراد منه ما اصطلح عليه الفقهاء مؤخراً بعد عصر نزول هذه الآية الكريمة وهو مراجعة الزوجة في الطلاق الرجعي مادامت في العدة . بل المراجعة ههنا المقصود منها المعنى اللغوي وقد استشهدت على ذلك بأمثلة من القرآن الكريم والسنة النبوية .

إن في تحديد وقت مخصوص للطلاق حكمة تشريعية عظيمة الأهمية تجعل الطلاق في وقت ينم عن رغبة حقيقية فيه وبهذا نقضي على كثير من حالات التسرع والانفعال التي يلجأ اليها الأزواج .

واني اقترح ان ينص في القانون على عدم وقوع الطلاق في الحيض او في طهر مس الزوج زوجته فيه .

ولا يرد على هذا ان مثل هذه المسألة يصعب على الفقهاء معرفتها لأنها تتصل بالزوجة فيترك هذا الأمر للحكم الدياني ، بل يجب ان ينص عليه صراحة في القانون اذ الزوجة مؤتمنه كما ذكرنا على كثير من مثل هذه الحالات .



الفصل الخامس

الاشهاد على الطلاق

الركن الخامس في الطلاق هو الاشهاد . وقد اختلف الفقهاء في وجوبه . والاصل في هذا قوله تعالى في سورة الطلاق :

« يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة، واتقوا الله ربكم لاتخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة ، وتلك حدود الله ، ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه ، لاتدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا . فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوي عدل منكم واقيموا الشهادة لله »[1] .

وسنرى آراء المفسرين في هذه الآية وما استنبطه فقهاء المذاهب منها :

ماذهب اليه المفسرون :

اختلف المفسرون والفقهاء في قوله تعالى: « واشهدوا ذوي عدل منكم » هل المراد منها وجوب الاشهاد على الطلاق ام الارشاد والندب اليه .

قال الفخر الرازي[2] : « واشهدوا ذوي عدل منكم » أي امروا ان يشهدوا عند الطلاق وعند الرجعة ذوي عدل منكم .

---

(١) سورة الطلاق آية ٢٢١

(٢) تفسير الرازي ١٦٧/٨ .

وقيل : فائدة الاشهاد أن لايقع بينهما التجاحد فلا يتهم في امساكها ولئلا يموت احدهما فيدعي الباقي ثبوت الزوجية ليرث .

وقال ابو السعود[1] قوله تعالى : واشهدوا ذوي عدل منكم : عند الرجعة والفرقة قطعا للتنازع . وهذا امر ندب كما في قوله تعالى: واشهدوا اذا تبايعتم .

وقال الزمخشري :[2] واشهدوا ... يعني عند الرجعة والفرقة جميعاً[3] .

وقال القرطبي :[4] واشهدوا ... امر بالاشهاد على الطلاق . وقيل على الرجعة . والظاهر رجوعه الى الرجعة والفرقة جميعا .

وقيل : المعنى واشهدوا عند الرجعة والفرقة جميعا .

وقال البيضاوي[5] واشهدوا ذوي عدل منكم ... على الرجعة والفرقة تبريا من الريبة وقطعا للنزاع وهو ندب كقوله : واشهدوا اذا تبايعتم .

وجاء في تفسير المحيط :[6] واشهدوا الظاهر وجوب الاشهاد على ما يقع من الامساك وهو الرجعة او المفارقة وهي الطلاق .

وقال ابن عباس : الاشهاد على الرجعة وعلى الطلاق يرفع عن النوازل اشكالا كثيرة .

ونقل الطبري عن السدى في قوله : واشهدوا ... قال :على الطلاق والرجعة[7] .

---

(١) تفسير ابي السعود ٨/٢٨٧ .

(٢) تفسير الكشاف ٣/١٩٠ .

(٣) الاشهاد عند الرجعة واجب عند الشافعي في مذهبه القديم اما في الجديد فالاشهاد مندوب اليه .

(٤) تفسير القرطبي ١٨/١٥٧ .

(٥) تفسير البيضاوي ٧٤٣ .

(٦) تفسير المحيط ٨/٢٨٢ .

(٧) تفسير الطبري ٢٨/٨١ .

وهو قول ابن عباس ايضاً كما جاء في تفسير الطبري قال : ان اراد مراجعتها قبل ان تنقضي عدتها اشهد رجلين .

كما قال الله تعالى : « واشهدوا ذوي عدل منكم » عند الطلاق وعند المراجعة[1].

وفي الدر المنثور[2] وهو قول عطاء ، فقد روى عنه عبد الرزاق وعبد بن حميد أنه قال :

النكاح بالشهود والطلاق بالشهود والمراجعة بالشهود .

ونقل الجصاص قول عطاء بمعنى آخر[4] روى عن ابن جريج عن عطاء قال : الطلاق والنكاح والرجعة بالبينة .

وجاء في سنن ابن ماجه:[5] عن عمران بن الحصين سئل عن رجل يطلق امرأته ثم يقع بها ولم يشهد على طلاقها ولا على رجعتها فقال عمران طلقت بغير سنة وراجعت بغير سنة ، اشهد على طلاقها وعلى رجعتها .

• • •

آراء المذاهب :

اختلف الفقهاء في الاشهاد على الطلاق لاختلافهم في تفسير هذه الآية :

رأي الجمهور :

فذهب جمهور الفقهاء الى ان قوله تعالى : « واشهدوا ذوي عدل منكم » يعني الاشهاد على الطلاق والرجعة ولكنه ليس شرطاً في وقوع الطلاق. وبمعنى آخر ان الاشهاد مندوب اليه لا واجب .

فقد ذكرت الآية الكريمة الامساك والفراق بقوله تعالى : « فاذا بلغن اجلهن

---

(١) تفسير الطبري ٢٨/٨٨ .

(٢) الدر المنثور للسيوطي ٦/٢٣٢ .

(٣) احكام القرآن الجصاص ٣/٥٦٠ .

(٤) سنن ابن ماجة ١/٣١٩ .

فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوي عدل منكم » فكان الاشهاد راجعاً الى الرجعة والطلاق .

وقالوا : لم يؤثر عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن احد من اصحابه : ان الاشهاد شرط في الطلاق ، ولهذا فان الامر بالآية لم يكن على سبيل الوجوب بل على سبيل الندب .

أي ان الاصل في الامر كما يقول اكثر الاصوليين هو الوجوب الا اذا قامت قرينه تصرفه عن ذلك .

وفي آية الاشهاد الاصل فيها الوجوب ولكن بما انه لم ينقل الينا شيء عن الاشهاد في الطلاق على كثرة وقوعه في عصر النبي وعصر الصحابة دل ذلك على أن الامر للندب والارشاد لا للوجوب والالزام .

وكذلك فقد قاسوا الاشهاد على الطلاق في الآية على الاشهاد في البيع بقوله تعالى : « واشهدوا اذا تبايعتم » والاشهاد هنا مندوب اليه لا واجب بالاجماع فدل أيضاً على ان الاشهاد على الطلاق مندوب اليه ايضاً خشية الجحود والانكار .

الظاهرية والجعفرية :

ويرى بعض المذاهب وفريق من الفقهاء : ان الامر في الآية للوجوب لا للندب وهؤلاء فريقان : منهم من قال ان الامر بالاشهاد راجع الى الطلاق والرجعة ومنهم من قال ان الاشهاد راجع الى الطلاق فقط .

قال الظاهرية : ان الاشهاد واجب في الرجعة والطلاق. وذلك خشية الجحود والانكار في كل منها وان الله ذكر المراجعة والطلاق والاشهاد عليهما .

قال ابن حزم في المحلى[1] : فان راجع ولم يشهد فليس مراجعا لقول الله تعالى : « فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف واشهدوا

---

(١) المحلى ١٠/٢٥١ .

ذوي عدل منكم » لم يفرق الله عز وجل ، بين المراجعة والطلاق والاشهاد . فلا يجوز افراد بعض ذلك عن بعض . وكان من طلق ولم يشهد ذوي عدل متعديا لحدود الله تعالى . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من عمل عملا ليس عليه امرنا فهو رد .

وذهب الجعفرية الى ان الاشهاد شرط في صحة الطلاق لا في صحة الرجعة فمن طلق ولم يشهد ذوي عدل فلا يصح طلاقه والزوجية قائمة .

ويجب على الشاهدين ان يسمعا صيغة الطلاق ولا تجوز الشهادة بالتسامع بل لا بد ان يسمعا لفظ الطلاق والا كان لغواً من القول .

جاء في المختصر النافع[1] الركن الرابع : في الاشهاد : ولا بد من شاهدين يسمعانه .

وفي اصل الشيعة[2] ومن أهم شرائط الطلاق عند الامامية : حضور شاهدين عدلين .

فلو وقع الطلاق بدون حضورهما كان باطلا .

مناقشة الاراء :

اما ما ذهب اليه جمهور الفقهاء ان الامر في الاشهاد للندب فيعارضه أن الاصل في الامر انه للوجوب ولم تقم قرينة تصرفه عن ذلك وما ذكروه من انه لم ينقل الينا ان احداً طلق امام شاهدين لا يصلح حجة للاستدلال لانه قد نقل الينا اصحاب الاراء الأخرى حوادث تدل على لزوم الاشهاد حين الطلاق .

واما قياسهم الاشهاد في الطلاق على الاشهاد في البيع فقياس مع الفارق لأن

---

(١) المختصر النافع ٢٢٢ .
(٢) اصل الشيعة ١٥٩ .

البيع امر يجري بكثرة بين الناس فايجاد الاشهاد يحول دون سرعة التعامل. ثم ان البيع اتفاق بين ارادتين[1] وليس من الاهمية بمكان اهمية الطلاق الذي هو تصرف بارادة منفردة وامره يهم المجتمع باسره باعتبار ان الاسرة هي اللبنة الاولى في بناء المجتمع .

مناقشة ابن حزم :

واما ما ذهب اليه ابن حزم من وجوب الاشهاد على المراجعة والطلاق فقد استدل على ذلك على ما يظهر لي من قوله تعالى: فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف واشهدوا ... فورد الاشهاد على كل من الامساك وهو الرجعة والمفارقة وهي الطلاق .

وهذا محل نقد ذكره الفقهاء باسهاب لان المفارقة ليست الطلاق الذي حث الشارع على الاشهاد فيه لان المفارقة في هذه الآية هي ترك الزوجة التي انتهت عدتها في قوله تعالى : «او فارقوهن بمعروف » اي اذا انتهت عدة الزوجة ولم يراجعها الزوج فليفارقها مع تأدية حقوقها التي اوجبها الله من النفقة ومؤخر المهر وما لها عليه[2] .

مناقشة ابن تيميه :

وقد وجدنا ابن تيميه وهو صاحب الاراء المحققة الجريئة في نظام الطلاق

---

(١) روى ابن حزم في المحلى ٢٥١/١٠ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في المتبايعين : « انها بالخيار مالم يتفرقا فاذا تفرقا او خير احدهما الاخر فاختار البيع فقد تم البيع .

(٢) قال ابن العربي في احكام القرآن في تفسير قوله تعالى « او فارقوهن » على حكم الطلاق الاول فيقع الفراق عند انقضاء العدة بالطلاق الماضي لترك الامساك بالرجعة اذ قد وقع الفراق به ، وانما له الاستدراك بالتمسك بالتصريح بالرجعة المنافش للتصريح بالطلاق وسمى التمادي على حكم القرآن وترك التمسك بالتصريح بالرجعة فراقاً مجازاً ١٨٢١/٤ .

فهم هذا الفهم ولهذا لم يشترط الاشهاد لانه ذكر ان قوله تعالى : واشهدوا . . . يعود الى المراجعة والمفارقة فالمراجعة يشترط فيها الاشهاد . اما المفارقة فليست طلاقاً حتى نشهد عليه .

جاء في فتاوى ابن تيمية[1] قال الله تعالى : اشهدوا ذوي عدل منكم فامر بالاشهاد على الرجعة والاشهاد عليها مأمور به باتفاق الامة قيل امر ايجاب وقيل امر استحباب .

وقد ظن بعض الناس ان الاشهاد هو على الطلاق وظن ان الطلاق الذي لا يشهد عليه لا يقع وهذا خلاف اجماع السلف وخلاف الكتاب والسنة ولم يقل احد من العلماء المشهورين به فان الطلاق اذن فيه اولا ولم يأمر فيه بالاشهاد وانما امر بالاشهاد حين قال : « فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف » .

والمراد منها بالمفارقة تخلية سبيلها اذا مضت العدة وهذا ليس بطلاق ولا برجعة ولا نكاح . والاشهاد في هذا باتفاق المسلمين فعلم ان الاشهاد انما هو الرجعة .

ونلاحظ في هذا النص ثلاثة أمور :

١) ان الاجماع على عدم الاشهاد يقل احد من العلماء المشهورين بوجوبه في الطلاق .

٢) ان الاشهاد في الاية يعود الى قوله تعالى : فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف .

٣) وان هذا الفهم ـ اي الاشهاد راجع الى الرجعة والطلاق ـ هو ما اجمع عليه المسلمون .

ونحن نرى ـ ١ ـ انه لا اجماع على عدم الاشهاد بل قال بالاشهاد الجعفرية

---

(١) فتاوى ابن تيمية ٣/٥٢ .

والظاهرية . وقال ايضاً به بحر هذه الامر الفقيه الصحابي عبد الله بن عباس كما نقل الطبري عنه وكما جاء في تفسير المحيط .

٢ ـ ان الاشهاد في الآية يعود الى قوله تعالى في صدر الآية : فطلقوهن لعدتهن .

٣ ـ وقوله ان هذا الفهم هو ما اجمع عليه المسلمون غير دقيق فان الشيعة قالوا بان الاشهاد يعود الى صدر الآية اي على الطلاق دون الرجعة كما ذكرنا .

وفي هذا يقول الامام محمد الحسين ال كاشف الغطاء في كتابه اصل الشيعة[١] :

«ان السورة الشريفة مسوقه لبيان خصوص الطلاق واحكامه حتى انها قد سميت بسورة الطلاق ، وابتدأ الكلام في صدرها بقوله تعالى : « اذا طلقتم النساء » ثم ذكر الزوج وقوع الطلاق في صدر العدة اي لا يكون في طهر المواقعة ولا في الحيض ولزوم احصاء العدة وعدم اخراجهن من البيوت . ثم استطرد الى ذكر الرجعة في خلال بيان احكام الطلاق حيث قال تعالى : « فاذا بلغن اجلهن فأمسكوهن بمعروف » اي اذا اشرفن على الخروج من العدة فلكم امساكهن بالرجعة او تركهن على المفارقة ثم عاد الى تتمة احكام الطلاق فقال : « واشهدوا ذوي عدل منكم » اي في الطلاق الذي سبق الكلام لبيان احكامه » .

وخلاصة ماذهب اليه الشيعة ان الأمر بالاشهاد غير راجع الى قوله تعالى «فأمسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف» حتى نختلف في تفسير المفارقة وهل هي الطلاق ام ترك العدة حتى تنتهي عدتها ، بل ان الأمر بالاشهاد راجع الى صدر الآية وهي قوله تعالى «فطلقوهن لعدتهن» وما ذكر بينهما استطرادا لاحكام العدة والمراجعة .

جاء في السرائر[٢]: وقوله تعالى : واشهدوا .. ظاهر الأمر في الشرع يقتضي الوجوب وهذا يوجب عود ذلك الى الطلاق . وحمل الاشهاد على الاستحباب

---

(١) اصل الشيعة ص ١١٢ .

(٢) السرائر ٣٣٥ .

ليعود الى الرجعة عدول عن الظاهر في عرف الشرع بغير دليل . ولا يجوزان يكون الأمر بالاشهاد متعلقاً بقوله تعالى «او فارقوهن بمعروف» لان المراد بذلك هنا ترك المراجعة والاستمرار على موجب الطلاق المقتضى للفرقة وليس بشيء يتجدد فعله فيفتقر الى اشهاد .

ومما استدل به الشيعة على رأيهم بوجوب الاشهاد آثار كثيرة وردت عن ائمهم ننقل بعضها مما جاء في جواهر الكلام[1] :

قال علي بن ابي طالب في خبر ابن مسلم لمن سأله عن طلاقه أشهدت رجلين عدلين كما أمر الله عز وجل فقال لا فقال اذهب فليس طلاقك بطلاق :

وقال الباقر والصادق في خبر زراره ومحمد بن مسلم ومن معهما : وان طلقها في استقبال عدتها طاهراً من غير جماع ولم يشهد على ذلك رجلين عدلين فليس طلاقه اياها بطلاق .

وقال الباقر ايضاً : الطلاق لا يكون بغير شهود .

وقال الصادق في خبر ابي الصباح : من طلق بغير شهود فليس بشيء .

وقال صاحب الجواهر : واعلم ان الظاهر من اشتراط الاشهاد انه لابد من حضور شاهدين يشهدان بالطلاق. بحيث يتحقق معه الشهادة بوقوعه. وانما يحصل ذلك مع العلم بالمطلقة على وجه يشهد العدلان بوقوع طلاقها . فما اشتهر بين اهل زماننا من الاكتفاء بمجرد سماع العدلين صيغة الطلاق . وان لم يعلما المطلق والمطلقة بعيد جداً. بل الظاهر أنه لا أصل له في المذهب. فان النص والفتوى متطابقان على اعتبار الاشهاد ومجرد سماع صيغة لايعرف قائلها لايسمى اشهاداً قطعاً .

---

(١) جواهر الكلام ٥/٢٩٣ .

رأينا في الاشهاد :

والذي اراه ان في اشتراط الاشهاد حين الطلاق مزية كبرى تنسجم وتتلاءم مع حكمة تشريع الطلاق في الاسلام وانه ابغض الحلال الى الله .

وقد **رأينا من ناحية المنقول** : ان الآية الكريمة صريحة في الاشهاد على الطلاق. وما قام من خلاف مرده: الخلاف حول تفسير المفارقة من قوله تعالى وما المراد منها هل الطلاق ام ترك المعتدة حتى تنتهي عدتها ؟.. ولكننا رجحنا ان الاشهاد يعود الى صدر الاية من قوله تعالى : «فطلقوهن لعدتهن» وما جاء بعد ذلك من احكام هو لبيان الرجعة والعدة لا لبيان احكام الطلاق. وبهذا وضح تفسير الآية الكريمة .

ثم قلنا **ان الاصل في الأمر هو للوجوب** مالم تصرفه قرينه عن ذلك وهنا القرائن متوافرة مع الأمر بالوجوب لا للندب والاستحباب . فان سياق الاية وما جاء فيها من احكام كلها آمره يدل على ان الاشهاد ايضاً واجب فقوله تعالى : ـ فطلقوهن لعدتهن . وقوله : واحصوا العـدة . واتقوا الله ربـكم . لاتخرجوهن من بيوتهن ، ولايخرجن . تلك حدود الله ...

ثم يقول واشهدوا ذوي عدل .. ويختم الاية بقوله : واقيموا الشهادة لله . كلها اوامر على سبيل الوجوب فلماذا نصرفها الى الندب بدون قرينه بل مع قيام القرائن على الالزام دون الارشاد .

يقول الاستاذ أحمد شاكر[1] : الامر للوجوب لأنه مدلوله الحقيقي ولا ينصرف الى غير الوجوب كالندب الا بقرينه ولا قرينه هنا تصرفه عن الوجوب . بل القرائن هنا تؤيد حمله على الوجوب لان الطلاق عمل استثنائي يقوم به الرجل وهو احد طرفي العقد وحده . سواء أوافقته المرأة ام لا . فاشهاد الشهود يرفع احتمال الجحد ، ويثبت لكل منهما حقه قبل الآخر . فمن

---

(١) نظام الطلاق في الاسلام ص ١١٨ .

اشهد على طلاقه فقد اتى بالطلاق على الوجه المأمور به. ومن لم يفعل فقد تعدى حد الله الذي حده له فوقع عمله باطلاً لا يترتب عليه اي اثر من اثاره.

واما من ناحية المعقول فاننا نرى ان في اشتراط الاشهاد على الطلاق تضييق لدائرته في حدود الشرع الذي حرص على ان يكون الطلاق علاجاً حيث لاعلاج سواه. وليس في اشتراط الاشهاد تضييق على ارادة الزوج فهو حر في التعبير عن قصده وارادته لادخل لاحد فيه ضمن حدود الشرع فالاشهاد يؤخر الطلاق ويعيق المتسرع من الرجال حتى يتبين له الرشد والصواب، لأن الشاهدين لابد أن ينصحانه ان لم يزل الغضب حتى تلك اللحظة من نفس الرجل المطلق.

ففوائد الاشهاد عديدة في هذا الموضوع :

١ - ينسجم الاشهاد حين الطلاق مع الاشهاد حين الزواج فيحقق العلانية التي بمثلها تم التعاقد بين الزوجين. وفي هذا مصلحة كبرى تبدو لمن عرف خفايا النفوس من جحود ونكران الطلاق وما يتبعه ذلك من عواقب نتيجة عدم اعلان الطلاق.

٢ - يؤدي الاشهاد الى التقليل من حوادث الطلاق فان حضور الشاهدين ان لم يصلا إلى عودة الحياة الزوجية الى ما كانت عليه بعد ان تهدأ ثورة الزوج فعلى الأقل يخففان في حوادث كثيرة.

وليس في الاشهاد الا تعويق المتسرع الغضبان في طلاق زوجته كما قلنا اذ اننا لا نسلبه حقاً منحه اياه الشرع ولا نريد ان نسلب ارادته فنحكم بخلاف مايقصد ويريد. ولا نجبره على البقاء مع زوجة لا يريدها كل ما في الامر أن في اشتراط الاشهاد الحيلولة دون وقوع حوادث كثيرة ان لم نقل معظم حوادث الطلاق نتيجة غضب سرعان مايزول فلعله يهدأ ريثما يحضر الشاهدان او لعل الشاهدان يصلحان ما بين الزوجين فتعود الامور الى وضعها الطبيعي.

وبهذا تتحقق مبادىء الاسلام في الطلاق حيث نقضي بالاشهاد على الطلاق

المنبعث عن هيجان نفسي وثورة غضب. ولا يبقى لدينا الا الطلاق المنبثق عن تفكير وتصميم بهدوء دون انفعال وبذلك تقل حوادث الطلاق وتضيق دائرته.

٣ – وكما يقول العلامة القاسمي [١] «ان الامر بالاشهاد عند الطلاق، يدل على ان الحلف بالطلاق او تعليق وقوعه بأمر كله مما لا يعد طلاقاً في الشرع لان ما طلب فيه الاشهاد، لا بد ان ينوى فيه ايقاعه ويعزم عليه ويتهيأ له».

وجدير بعصمة ينوي حلها وكانت معقودة اوثق عقد ان يشهد عليها شاهدي عدل.

ونظراً لأهمية اشتراط الاشهاد في الطلاق فقد اردت ان انقل رأي بعض كبار العلماء المعاصرين في هذا الامر:

يقول استاذنا فضيلة الشيخ محمد ابو زهرة [٢]، بعد ان ذكر رأي المذاهب التي تقول بالاشهاد: وان ذلك معقول المعنى، يوجبه التنسيق بين انشاء الزواج وانهائه، فان حضور الشاهدين شرطاً في الاشهاد.

وأنه لو كان لنا ان نختار المعمول به في مصر لاخترنا ذلك الرأي، فيشترط لوقوع الطلاق حضور شاهدين عدلين ليمكنهما مراجعة الزوجين فيضيقا الدائرة ولكيلا يكون الزوج فريسة لهواه، ولكن يمكن اثباته في المستقبل فلا تجري فيه المشاحة وينكره المطلق ان لم يكن له دين، والمرأة على علم به ولا تستطيع اثباته، فيكون في حرج ديني شديد.

ويقول استاذنا فضيلة الشيخ على الخفيف [٣]، وفي رأيي: ان اشتراط الاشهاد على الطلاق هو أقرب الآراء الى تحقيق المصلحة وابعاده من ان يكون نتيجة غضب او انفعال وقتي، وبذلك تضيق دائرة الطلاق.

---

(١) تفسير القاسمي ١٦/٥٨٣٦.

(٢) الاحوال الشخصية ابوزهرة ص ٣٦٨.

(٣) فرق الزواج ص ١٣١.

ويقول الدكتور يوسف موسى (٣) ، بعد ان ذكر وجهة نظر من قال بالاشهاد : «وهذه وجهة نظر يجب عدم التغاضي عنها ، فان في الاخذ بهذا الرأي ما يمهد السبيل للصلح في كثير من الحالات حقاً » .

ولهذا كله فاننا نقترح الا يقع الطلاق الا امام شاهدين عدلين تخفيفاً لحوادث الطلاق وتقليلا لوقوع كثير من حالاته التي منشأها الغضب والانفعال الوقتي .

ونرى وضع المادة التاليه مع ما نقترحه من مواد :

لا يقع الطلاق الا امام شاهدين عدلين يسمعان صيغة الطلاق .

* * *

(١) الاحوال الشخصية للدكتور يوسف موسى ص ٢٧١ .

هذا الكتاب

- « اول بحث يعالج نظـام الطلاق في الاسلام في موضوع مستقل »
- « دراسة مقارنة محررة في المذاهب الاسلامية الثمانية مع ردها الى اصولها من القرآن والسنة واقوال الصحابة »
- « مقارنة الشريعة الاسلامية بغيرها من الشرائع والنظم »
- « تحليل لأهم المبادىء القضائية فى هذا الموضوع »
- « رد شبهات حول الطلاق في الشريعة الاسلامية »
- « اقتراح الحلول العمليـة لتقييد حق الرجل في الطلاق وابراز مدى ما تتمتـع به الزوجة من ممارسة هذا الحق »
- « احصاء علمي دقيق عن نسبة الطلاق في البـلاد العربية وبيان اسبابها وطرق علاجها »


Princeton University Library
32101 074498757